Pflichten und Rechte des Verkäufers beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät

der

Universität Tübingen

eingereicht von

Otto Burkhardt
Referendar in Stuttgart

1931

Buchdruckerei Konrad Triltsch, Würzburg

Berichterstatter: **Professor Dr. H. Stoll.**

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Tag der mündlichen Prüfung: 31. I. 1931.

Meinen Eltern
in herzlicher Dankbarkeit

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung 1

§ 1. Die Aufgabe 1

§ 2. § 455 BGB. eine Auslegungsregel. Inhalt und Anwendungsgebiet (im engeren und weiteren Sinne) 1

B. Pflichten des Vorbehaltsverkäufers 5

§ 3. Die Besitzverschaffungspflicht 5

§ 4. Die Eigentumsverschaffungspflicht 7

C. Rechte des Vorbehaltsverkäufers 14

1. § 5. Obligatorische Rechte. Insbesondere das Rücktrittsrecht und seine Bedeutung 14

2. § 6. Die dingliche Rechtsstellung des Vorbehaltsverkäufers im allgemeinen 23

3. Die Besitzgestaltung während der Schwebezeit. Der Einfluß derselben auf die Rechtsstellung des Vorbehaltsverkäufers im Konkurs und bei der Zwangsvollstrekkung in die Kaufsache 31

§ 7. I. Die Besitzgestaltung 31

§ 8. II. Die Stellung des Vorbehaltsverkäufers im Konkurs während der Schwebezeit 36

§ 9. III. Die Stellung des Vorbehaltsverkäufers bei der Pfändung der Kaufsache während der Schwebezeit durch Dritte 47

§ 10. IV. Die Pfändung der Kaufsache während der Schwebezeit durch den Vorbehaltsverkäufer selbst. Weitere Folgerungen aus der bisher, insbesondere in § 9 gegebenen Darstellung 55

D. § 11. Kollision der Rechte und Pflichten des Vorbehaltsverkäufers bei Zwangsvollstreckung in die Kaufsache während der Schwebezeit 64

Literaturverzeichnis.

Adler, Karl, Zur Lehre vom Übergang der Ware vom Verkäufer an den Käufer. Z.H.R. 86, 273 ff. (1923).

Bauer-Mengelberg, J.W. 1930 S. 2911. (Widerspruchsklage und Aussonderung).

— Ders. in Z.Z.P. 55, 179 ff. (Befristung der Interventionsklage nach § 771 CPO.).

Baumbach, Zivilprozeßordnung; Taschenkommentar. 5. Auflage. Berlin 1930.

Behrendt, Über die Wirksamkeit eines nachträglich vereinbarten Eigentumsvorbehalts. Greifswalder Dissertation. 1918.

Behrens, Der Eigentumsvorbehalt aus § 455 BGB. Göttinger Dissertation. 1903.

Bendix, in J.W. 1927, 701 (Bem. zu RG. 115, 262).

— Ders. in J.W. 1930, 1360 (Der Eigentumsvorbehalt im Konkurse des Käufers und Verkäufers).

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl. 1914.

Brecht, Bedingung und Anwartschaft. (Iherings Jahrb. 61, 263/340. 1912).

Breit, Das Abzahlungsgesetz (in „Handelsgesetze des Erdballs". Bd. XIII, 25. 1364 ff.).

Brodmann, in Ehrenbergs Handbuch. IV, 2 S. 299.

Brons, in J.W. 1928, 1785 (Die Sicherungsübereignung).

Busch, (siehe Sydow-Busch).

Caspari, Der Eigentumsvorbehalt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und beim Abzahlungsgeschäft, sowie bei der Zwangsvollstreckung und im Konkurse. Erlanger Dissertation. 1913.

Cohn, D., in J.W. 1930, 530 ff. (Die Widerspruchsklage des Grundstückskäufers).

Cohn, Ernst Heinrich, Schadensersatz beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt. Greifswalder Dissertation 1914.

— Ders. in J.W. 1930, 2759 ff. (Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren).

Cosack(-Mitteis), Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 7. und 8. Aufl.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts.
I. Bd.: Einleitung und Allgemeiner Teil,
II. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse. (1900—1912).

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. u. 4. Auflage.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, erläutert. 2. Auflage. (In Neuerscheinung. Dieselbe, soweit möglich, berücksichtigt).

Eccius, in Gruch. 47, 51. (Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrechte).

— Ders., Gruch. 50, 481 ff. (Relative Nichtigkeit von Verfügungen des Gemeinschuldners und des Erben).

Emmerich, Kaufvertrag und Werkvertrag.

— Ders., Pfandrechtskonkurrenzen (1909).

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. (Einleitung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse). 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (Allgemeiner Teil: 12. Bearbeitung, Recht der Schuldverhältnisse: 10.—12. Bearbeitung).

Etzold, Die Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache. Frankfurter Dissertation. 1928.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung. 2. Auflage. Berlin 1914. Fortgesetzt von Mugdan.

Färber, in D.J.Z. 1929, 1471 ff. (Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt).

Flatau, Die Zwangsvollstreckung in Leihmöbel. Berliner Dissertation. 1909.

Flechtheim Eigentumsvorbehalt und Zwangsvollstreckung. Rhein. Arch. 104, 275 (1908).

— Ders., Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt, J.W. 1911, 345.

Foerster-Kann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2. Bd. 3. Auflage. Berlin 1926.

Francke, in Z.Z.P. 36, 308 ff. (Die Entstehung des Pfandrechts an gepfändeten Sachen).

— Ders., in Z.Z.P. 40, 461 ff. (Eigentumsvorbehalt und Pfändung).

Frank, Eigentumsvorbehalt beim Kauf. Greifswalder Dissertation. 1919.

Freudenthal-Sauerländer, Zivilprozeßordnung. 4. Auflage. München 1926.

Frieseke, in J.W. 1930, 257 (Zum Gutachten des Reichsfinanzhofes in Bd. 19, 126 ff.).

— Ders. in J.W. 1926, 2124 ff.; 1930, 2575 (Zum gleichen Thema).

Fromherz, in Z.Z.P. 38, 49 ff.; (Zwangsvollstreckung in den Anspruch aus einem sog. Möbelleihvertrag oder einem Kaufvertrag, in welchem dem Verkäufer das Eigentum bis zur Zahlung vorbehalten ist.)

— Ders., Z.Z.P. 39, 469 ff. (Zwangsvollstreckung bei Leihmöbeln).

Geiler, in J.W. 1930, 2901 ff. (Eigentumsvorbehalt und Kontokorrent).

Geißler, in J.W. 1905, 521 ff. (Zur Frage des mittelbaren Besitzes des Veräußerers einer unter Eigentumsvorbehalt übergebenen beweglichen Sache).

v. Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, III. (1917).

Goldmann, in Gruch. 50, 805 ff. (Die rechtliche Natur der Interventionsklage).

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Recht systematisch dargestellt, Bd. I. 2. Auflage.

Goldschmidt, James, in Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht. 2. Bd.

— Ders., Zivilprozeßrecht. 1929.

Hachenburg (siehe Düringer-Hachenburg).

Hahn, Materialien zur Konkursordnung.

Hamelbeck, Die Sicherungsübereignung nach geltendem Recht. 1929.

Hartmann, Gustav, Die Obligation.

Heck, Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.

Hedemann, in „Recht und Wirtschaft" 1922, 585 ff. (Die Umwandlung des Eigentumsbegriffs).

Hein, Abzahlgesetz und Kredithäuser. 1910.

— Ders., Handbuch der Zwangsvollstreckung. 2. Auflage 1914.

Hellwig, Gläubigernot. 1912

— Ders. in „Recht und Wirtschaft" 1911. 25 ff. (zum selben Thema).

Hellwig-Oertmann, System des Deutschen Zivilprozeßrechtes. 2. Teil. Zwangsvollstreckung (bearbeitet von Oertmann). 1919.

Henle, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. Allgemeiner Teil. Berlin 1926.

Heyer, Der Gefahrübergang im Falle des § 455 BGB. Straßburger Dissertation. 1911.

Hoeniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern (Mannheim u. Leipzig 1912).

— Ders., in J.W. 1927, 717 (Anmerkung zu einer Entscheidung des Obergerichts Danzig).

— Ders., in J.W. 1927, 627 ff. (Der Erwerb des Sicherungseigentums an nicht bezahlter Ware).

Hohenstein, im Arch. Bürgerl. Recht 25, 69 ff. (Der Abnahme-Annahme-Verzug des Käufers — Gläubigers).

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 5. Auflage (bis § 42 6 u. 7. Auflage).

Jaffe, Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf (§ 455 BGB.). Leipziger Dissertation. 1910.

Jahn, in J.W. 1926, 1659 (Fiduziarisches Eigentum und Beitreibung von Steuerschulden).

Immerwahr, in D.J.Z. 1905, 597. (Die Pfändung der eigenen Sache im Falle des Möbelleihkontrakts).

Käb, in Seuff. Bl. 68, 453 ff. (Die Pfändung einer Sache, die der Gläubiger als mit Eigentumsvorbehalt behaftet bezeichnet, behufs zwangsweiser Beitreibung des Kaufschillings ist unzulässig).

Kann (siehe Foerster-Kann).

Kaufmann, Willi, in Gruch. 53, 325 und in Sächs. Arch. 1909, 329 ff. (Zwangsvollstreckung und Eigentumsvorbehalt).

Kemperdick, Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt. Heidelberger Dissertation. 1910.

Kernert, Stellung des Sicherungseigners gegenüber Zwangsvollstreckungen der Gläubiger des Übereigners und in dessen Konkurs. (Erschienen in „Leipziger rechtswissenschaftliche Studien", Heft 54). 1930.

— Ders., in J.W. 1930, 2763 ff. (Widerspruchsklage und Aussonderung).

Kiesow, Kommentar zur Vergleichsordnung (Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses). 2. Auflage. 1930.

Kipp (siehe Winscheid-Kipp).

Kommentar von Reichsgerichtsräten zum Bürgerlichen Gesetzbuch (6. Aufl.).

Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts (1929).

Krückmann, in L.Z. 1926, 9 ff. (Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug).

Kuhnt, Die Vollstreckung in die Rechte des Abzahlungskäufers und des Möbelleihers. Berlin 1913.

— Ders. in D.J.Z. 1913, 93 ff. (Ausdehnung des Eigentumsvorbehalts auf künftig zu kaufende Sachen).

Kunze, Rudolf, Der Eigentumsvorbehalt nach § 455 BGB. Leipziger Dissertation 1913.

Kurlbaum (siehe Wilmowski-Kurlbaum).

Lazarus, Das Recht des Abzahlungsgeschäftes. Berlin 1898.

Lehmann, Heinrich, Gläubigerschutz. 1926.

Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien. 1889.

Leonhard, Franz, Erfüllungsort und Schuldort. 1907.

— Ders., Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. I. Bd. 1929.

— Ders., Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.

Lesser, Inhalt der Leistungspflicht .1898.

Levin, in J.W. 1912, 118 ff. (Zur Auslegung des § 94 CPO.).

Levis, in J.W. 1930, 2887 (Bemerkung zu einem Urteil des OLG. Köln, mitgeteilt daselbst).

Liebrecht, in „Kammer-Gerichtsblätter" (K.G.Bl.) 1905, 13 ff. (Die Pfändbarkeit der sogenannten Leihmöbel).

Lilienthal (siehe Golmann-Lilienthal).

Löwenwarter, Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Lubowski, in Lobes Zentralblatt. 9. Jahrgang (1908), S. 68 ff. (Eigentumsvorbehalt).

Mayr, in J.W. 1929, 1399. (Bemerkung zu einem Urteil des Reichsgerichts v. 22. 5. 1928, abgedruckt in J.W. 1928, 2139).

Mentzel, Kommentar zur Konkursordnung. 3. Auflage.

Meyer, Richard, in K.G.Bl. 1906, 13 ff.

Müller, Hans, Nachträglicher Eigentumsvorbehalt. Göttinger Dissertation. 1929.

Müller, W. A., Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechtes. Berlin 1907.

Nord, in J.W. 1915, 189 ff. (Gebundene Berechtigung).

Oertmann, Leistungshandlung und Leistungserfolg, Z.H.R. 93, 356 ff, (1928).

— Ders., Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach bürgerlichem Recht (1914).

— Ders., Kommentar zum Allgemeinen Teil (3. Auflage) und zum Recht der Schuldverhältnisse (5. Auflage).

— Ders. in L.Z. 1927, 9 ff. (Beiträge zur Lehre von der Erfüllungspflicht des Verkäufers).

Pagenstecher, in Gruch. 50, 274 ff. (Ist das Pfändungspfandrecht ein akzessorisches Recht?)

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Auflage. (§§ 433—630 erläutert von Knocke u. a. Berlin und Leipzig 1923).

Poeschel, Der § 455 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Leipziger Dissertation. 1910.

Prinz, Der Eigentumsverlust des Verkäufers beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt. Breslauer Dissertation. 1928.

Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes. Freiburger Dissertation. 1905.

Pudor, Der Vorbehalt des Eigentums. § 455 BGB. Leipziger Dissertation. 1903.

— Ders., in J.W. 1905, 314. (Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer?)

Püschel, in L.Z. 1914, 1785 ff. (Die Pfändung der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen durch den Abzahlungsverkäufer und ihre Wirkungen).

Reichel, Schuldübernahme.

Reis, Über mittelbaren Besitz. Marburger Dissertation. 1904.

Riezler, in Ehrenbergs Handbuch, Bd. V, 2. Abteilung (Geschäfte des Buch- und Kunsthandels.)

Rimpler (siehe Schmidt-Rimpler).

Rohde, Studien im Besitzrecht. Abschnitt XXI. Der mittelbare Besitz. Düsseldorf 1907.

Rosenberg, Leo, in J.W. 1926, 2621 (Anm. zu einem Urteil des Reichsgerichts vom 8. 5. 1926; abgedruckt daselbst).

— Ders., Kommentar zum Sachenrecht (im Kommentar von Hölder u. a.), unvollendet 1919.

— Ders., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Auflage. 1929.

Rosenthal, Heinrich, Kommentar zum BGB. 1927.

Rothschild, Der Eigentumsvorbehalt des Verkäufers. Würzburger Dissertation. 1915.

Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft einschließlich des Rechts der Teilzahlungsfinanzierung. Berlin. 1930.

Rummler, Der Begriff des mittelbaren Besitzes. Breslauer Dissertation. 1907.

Sättler, in J.W. 1927, 2453. (Sicherungsübereignungen v. Sachgesamtheiten).

Samoje, Die Zwangsvollstreckung in Leihmöbel. Leipziger Dissertation. 1907.

Samter, Kommentar zum Abzahlungsgesetz. 2. Auflage. 1927.

Sauerländer, (siehe Freudenthal-Sauerländer).

Schloßmann, in Iher. Jahrb. 45, 97 ff. (Anspruch, Klage, Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolges).

Schlotter, in L.Z. 1911, 49 ff. (Eigentumsvorbehalt im Konkurse des Verkäufers).

Schmid, Die Wirksamkeit des nachträglichen Eigentumsvorbehalts. Greifswalder Dissertation. 1913.

Schmidt-Rimpler, Das Kommissionsgeschäft (in Ehrenbergs Handbuch, Bd. V, 1. Abteilung).

Schöller, in Gruch. 46, 1 ff. (Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung).

v. Schrutka-Rechtenstamm, Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen. Dogmatischer Teil. 1893.

Schubert, Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt in seiner rechtlichen Bedeutung. Rostocker Dissertation. 1927.

Schwarz, Die Sicherungsübereignung an Warenlagern. Greifswalder Dissertation. 1914.

Senf, Ist die nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts Dritten gegenüber wirksam? Heidelberger Dissertation. 1911.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 11. Auflage.

Sörgel, Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. 4. Auflage.

Sohm, Wesen und Voraussetzung der Widerspruchsklage. 1908.

Stammler, Das Recht des BGB. in Einzeldarstellungen, Bd. V: Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897.

Staub(-Koenige), Kommentar zum Handelsgesetzbuch (12./13. Auflage).

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Auflage.

Stein(-Junker), Grundriß des Zivilprozeßrechts und Konkursrechts. 3. Auflage. 1928.

Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung. Tübingen 1913.

Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. (14. Auflage).

Stintzing, Übertragung beweglicher Sachen. 1911.

Strauß, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes. Rostocker Dissertation. 1904.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (in Iher. Jahrb. 38, 20 ff.)

— Ders., Grenzen der Urteilsrechtskraft bei bedingter und betagter Berechtigung. Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht. Heinrich Degenkolb zum 50-jährigen Doktorjubiläum. 1905.

Stulz, in J.W. 1930, 2771 (Besprechung zu Rühl).

— Ders., in J.W. 1930, 3300 (Besprechung zu Kernert).

Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung (Kommentar). 20. Auflage. 1930.

Then, in Bayr.Z. 1907, 385.

Thiesing, im Arch. Bürgerl. Recht 20, 240 ff. (Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer?)

Titze, Recht der Schuldverhältnisse. 3. Auflage. Berlin 1928.

Tölke, Möbelleihvertrag. 1910. (Dissertation).

v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechtes.
I. Bd. Leipzig 1910
II. Bd. 1. Teil München und Leipzig 1914.
III. Bd. 2. Teil München und Leipzig 1918.

Ullmann, im Arch. Ziv. Prax. 92, 288 ff. (Einige Streitfragen aus dem Gebiet des gesetzlichen ehelichen Güterrechts).

Voß, in Z.Z.P. 34, 193. (Die Besitzergreifung des Konkursverwalters).

— Ders., in D.J.Z. 1905, 354, (Gibt § 117 K.O. dem Verwalter das Recht zu eigenmächtiger Besitznahme?)

Wagener, Eigentumsvorbehalt (in Rechtsfragen der Praxis, Band 15, 1929).

Walsmann, in „Die Wirtschaft und das Recht" 1929, 159 ff.

— Ders., Der Verzicht, allgemeine Grundlagen einer Verzichtslehre und Verzicht im Privatrecht. 1912.

Warneyer, Kommentar zum BGB. 1922. (Berücksichtigung der Neuauflage soweit möglich).

Wegner, Pfändungspfandrecht an eigenen Sachen des Gläubigers. Kieler Dissertation. 1925. (Maschinenschrift).

Weigert, in J.W. 1928, 63 (Bemerkung zu RG. 118, 209).

Weinhausen, Die Sicherungsübereignung. 1928.

Weiße, Der Eigentumsvorbehalt beim Abzahlungsgeschäft. Leipziger Dissertation. 1911.

Wendt, im Arch. Ziv. Prax. 87, 40 ff. (Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches).

Wiese, Die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts nach Übereignung der Kaufsache. Breslauer Dissertation. 1927.

Wilmowski-Kurlbaum, Kommentar zur Konkursordnung.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes. 9. Auflage.

Wolff, Martin, Sachenrecht, 7. Bearbeitung.

— Ders. Die Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache (Festgabe für Hübler 1905).

Wolff, Max, in J.W. 1930, 1470 ff. und Zeitschrift der Anwaltskammer Breslau 1928, 41 ff. (Widerspruchsklage und Aussonderung).

Zitelmann, in Iher. Jahrb. 70, 10 ff. (Übereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen).

Entscheidungen des Reichsgerichts, des Kammergerichts, der Oberlandesgerichte und anderer Gerichte.

Gesetzesmotive- und Protokolle.

Weitere Literatur (mit Stellenangabe) in verschiedenen Anmerkungen zum Texte.

Entscheidungen, Zeitschriften usw. sind in der üblichen abgekürzten Weise zitiert.

A. Einleitung.

§ 1.

Die Aufgabe.

In dem § 455 des Bürgerlichen Gesetzbuches, der den Verkauf unter Eigentumsvorbehalt regelt, hat der Gesetzgeber eine Bestimmung geschaffen, die wohl immer, solange sie bestehen wird, ob ihrer Bedeutung für den Kreditverkehr eine hervorragende Rolle im Rechts- und Wirtschaftsleben spielen wird. Schon dadurch, ganz ungeachtet der Fülle der Probleme, welche sie im Gefolge hat, rechtfertigt es sich, sich immer aufs neue mit ihr zu befassen.

Aufgabe dieser Arbeit kann es nun freilich nicht sein, den § 455 in allen seinen mit ihm in Verbindung zu bringenden Einzelfragen zu erörtern. Ebensowenig kann in ihr auf die Geschichte des Eigentumsvorbehalts eingegangen werden. Statt dessen soll im folgenden versucht werden, innerhalb der durch das Thema schon angezeigten Begrenzung der Untersuchung auf Pflichten und Rechte des Vorbehaltsverkäufers einige wichtige Einzelfragen unter kritischer Würdigung der bisher gefundenen Ergebnisse einer näheren Betrachtung zu unterziehen und zu einer auch moderne Rechtsauffassung befriedigenden Antwort zu bringen.

Von der Verkäuferseite aus betrachtet erscheinen als besonders bedeutsam die Fragen seiner Rechte aus dem vorbehaltenen Eigentum im Konkurs und bei der Zwangsvollstreckung in die Kaufsache während der Schwebezeit und diejenigen Fragen, die seine Besitzverschaffungspflicht und Eigentumsbeschaffungspflicht betreffen. Als nicht minder wichtig, weil zur Beantwortung der erwähnten Fragen, wie noch zu zeigen, notwendig, erachte ich des ferneren die Untersuchung der Regelung und Bedeutung der Besitzgestaltung während der Schwebezeit wie auch endlich die Frage nach der Dauer der Schwebezeit.

Demnach wird das Eindringen in die durch das Aufwerfen der herausgehobenen Fragen sich entwickelnden Probleme und der Versuch der Verbindung ihrer Betrachtungsergebnisse zu einem zweckmäßigen Ganzen die dieser Arbeit des näheren gestellte Aufgabe sein. Sofern auch andere Fragen hierbei zur Sprache kommen werden, wie zum Beispiel die des Rücktritts des Vorbehaltsverkäufers vom Kaufvertrag, so soll dies nur soweit geschehen, als es zum Verständnis der Hauptfragen unerläßlich ist.

§ 2.

§ 455 BGB. eine Auslegungsregel.
Inhalt und Anwendungsgebiet (im engeren und weiteren Sinne) des § 455.

Der Eigentumsvorbehalt ist vom Gesetz nur an einer einzigen Stelle, in § 455 BGB. behandelt.

1. Hier ist nur erfordert, daß der Verkäufer einer beweglichen Sache sich das Eigentum an dieser bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer vorbehalten hat. Trifft dies zu und ist anderweitiges von den Parteien nicht vereinbart worden, so ist der Zweifelsfall und damit die an diesen angeknüpfte Regel der Auslegung gegeben. Denn es handelt sich bei § 455 um eine Auslegungsregel.

Es ist das Verdienst Rudolf Stammler's [1]), das Wesen der Auslegungsregel im Sinne des BGB. erstmals klargelegt zu haben. Nach ihm setzt sie immer eine Willenserklärung der Parteien voraus, und zwar eine solche, die

[1]) Das Recht des BGB. in Einzeldarstellungen, Bd. V: Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897; Seite 55 ff.

verschiedene Deutungen zuläßt. Denn wo ein erklärter Wille nicht vorhanden ist, kann auch nichts ausgelegt werden, und ebenso ist eine Auslegungsregel auch da nicht am Platze, wo die Willenserklärungen der Parteien ob ihrer Deutlichkeit und Genauigkeit zur Auslegung nichts mehr übrig lassen. Diese Voraussetzungen einer Auslegungsregel sind aber in solchen Fällen, auf die der § 455 zweifelsfrei Anwendung finden kann, gegeben[2]).

Damit nämlich, daß sich der Verkäufer beim Verkauf einer beweglichen Sache das Eigentum daran bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises durch den Käufer vorbehalten und also eine dahingehende Willenserklärung abgegeben hat, ist noch keineswegs erschöpfend oder eindeutig alles das gesagt, wie das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien sich weiter gestalten soll. Dies betrifft sowohl die dingliche wie obligatorische Seite des Rechtsgeschäftes. Denn dinglich ist es nicht sicher, ob die Übertragung des Eigentums eine aufschiebend oder auflösend bedingte sein soll und obligatorisch bestehen außer des sicheren Anspruchs des Verkäufers gegen den Käufer auf Kaufpreiszahlung bei der noch zu zeigenden besonderen Lagerung des Rechtsgeschäftes Zweifel darüber, welche Rechte dem Verkäufer gerade im Falle der Nichtzahlung des Kaufpreises durch den Käufer zugedacht sind und wie sie ihm zugedacht sind.

Es ist nicht unwichtig, es ausdrücklich festgestellt zu haben, daß der § 455 eine bloße Auslegungsregel ist. Denn es ergibt sich daraus, daß der sogen. Kauf unter Eigentumsvorbehalt unter den im bürgerlichen Recht herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit fällt und daß er somit von § 455 keineswegs in der einzig möglich zulässigen Art und Weise geregelt werden wollte.

Aufgabe einer Auslegungsregel im allgemeinen ist es nun, in dem jeweils gegebenen Falle eine solche Lösung zu finden, die die Lücken der von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen am entsprechendsten füllt. Zur Lösung dieser Aufgabe hat der Gesetzgeber viele Auslegungsregeln geschaffen, z. B. die §§ 133, 157 (die beiden sogen. allgemeinen Auslegungsregeln), 453, 2169 Abs. II Satz 3, 2172 Abs. 2, 315, 317, 391 Abs. 2, 742, 2173, 186 (187—193), 2101 BGB. (sogen. besondere Auslegungsregeln). In § 455 tat er es in der schon bezeichneten Weise, daß er, den Vorbehalt des Eigentums an der Kaufsache seitens des Verkäufers vorausgesetzt, im Zweifel die Übertragung des Eigentums als unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt betrachtet und den Verkäufer zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt.

2. Über den doppelten materiellen Inhalt der in § 455 gegebenen Auslegungsregel kann nun eigentlich kein Streit bestehen, soferne man den vom Gesetz zu ihrer Anwendung vorausgesetzten Tatbestand nicht außer Acht läßt. Die gemeine und richtige Meinung ist auch durchaus der Ansicht, daß — in dinglicher Hinsicht — der Verkäufer Eigentümer der Kaufsache bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises bleibt und ihm — obligatorisch — im Falle des Zahlungsverzugs des Käufers ein Rücktrittsrecht vom Kaufvertrage zusteht. Bedingt, und zwar aufschiebend bedingt, wie im Gesetze deutlich gesagt, ist also lediglich der Übergang des Eigentums, während der Kaufvertrag als solcher wie ein gewöhnlicher unbedingt abgeschlossen wird. Durch diese Regelung ist der Streit des gemeinen Rechts darüber, ob der Kaufvertrag selbst bedingt abgeschlossen oder ob etwa die Übereignung auflösend bedingt werden wollte, eindeutig entschieden; wirtschaftlich betrachtet in zweifellos richtigem Sinne[3]).

3. a) Das Anwendungsgebiet des § 455 im engeren Sinne ist vom Gesetz lediglich in einem Punkte fest umrissen worden: Das Eigentum kann nur an einer beweglichen Sache vorbehalten werden. Hätte der Gesetzgeber hiermit jedoch nur sagen wollen, daß — dinglich — ein Eigentumsvorbehalt an Grundstücken ausgeschlossen ist, so hätte es einer solchen Einschränkung des Eigentumsvorbehalts im § 455 nicht mehr bedurft, da für die Übertragung des Eigentums an Grundstücken in § 925 Abs. 2 ja ausdrücklich ausgesprochen wird, daß eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder Zeitbestim-

[2]) Ebenso Pudor Seite 20 ff. und ohne nähere Begründung z. B. Protokolle zum BGB. II S. 79, 81; Jaffe Seite 4; Sörgel § 455 Bem. 1; Warneyer § 455 Bem. I; Staudinger § 455 Anm. I, 1, 3; Rühl S. 7.

[3]) Vgl. dazu Jaffe 7 ff.; Motive zum BGB. II Seite 319.

mung erfolgt, unwirksam ist, und andererseits in § 929, der die Übereignung beweglicher Sachen regelt, von einem Verbot der bedingten oder befristeten Übereignung beweglicher Sachen keine Rede ist. Demnach muß § 455 insoweit einen anderen Sinn haben. Diesen Sinn gewinnt man, wenn man beim Lesen der Gesetzesstelle:
„Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache . . . ."
die Betonung nicht so sehr auf das Wort „beweglich" als „Sache" legt. Daraus ist aber zu schließen, daß das BGB. den Eigentumsvorbehalt an allen solchen Gegenständen zulassen will, die unter den von ihm anderwärts (§§ 90 ff.) aufgestellten Begriff einer (beweglichen) Sache überhaupt fallen. Unerheblich muß es daher an sich für den § 455 sein, ob es sich unter Umständen hierbei um sog. vertretbare Sachen, § 91, oder verbrauchbare Sachen, § 92, handelt. Und ebenso können demnach auch die einzelnen Bestandteile z. B. eines Warenlagers unter Eigentumsvorbehalt stehen. Nicht aber ein Geschäft als Ganzes und Solches. Dies ist auch der Standpunkt der herrschenden (richtigen) Meinung[4]).

Eine Einschränkung wird von § 93 nur insoferne gemacht, als hierbei aber nicht Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile), in Betracht kommen dürfen. Denn wesentliche Bestandteile können nicht Gegenstand besonderer Rechte, also auch nicht eines Eigentumsvorbehalts sein. (S. § 93 a. E.). Einige weitere Einschränkungen ergeben sich aus den §§ 946 ff. (Verbindung, Vermischung, Verarbeitung).

Da aber der Eigentumsvorbehalt als solcher nur die dingliche Seite des Rechtsgeschäftes berührt, ist es eigentlich selbstverständlich, daß das Grundgeschäft nicht bloß der Kauf zu sein braucht. Denn das BGB. hat die Möglichkeit der bedingten Übereignung beweglicher Sachen ganz allgemein gestattet. Daß es in § 455 den Kauf gerade damit in Berührung gebracht hat, mag daher rühren, daß dieses Grundgeschäft mit der bedingten Übereignung praktisch wohl weitaus am häufigsten zusammentrifft. Auch z. B. Tausch, Werklieferungsvertrag, Werkvertrag, Schenkung unter Auflage sind als Grundgeschäft durchaus denkbar[5]).

Eine besondere Frage ist hierbei nur die, ob für andere obligatorische Grundgeschäfte als den Kauf im Zweifelsfall die gleichen Auslegungsregeln gelten sollen. Dies näher zu untersuchen, kann aber nicht Aufgabe dieser Arbeit sein. Mit Behrens[6]) ist diese Frage jedoch zu bejahen. Denn zweifellos hat das BGB. dadurch, daß es den Eigentumsvorbehalt beim Kauf und damit im typischsten Falle seines Vorkommens geregelt hat, zugleich eine allgemeine Auslegungsregel für alle seine möglichen Erscheinungsfälle überhaupt geben wollen.

b) Für das Zustandekommen des Eigentumsvorbehalts (Anwendungsgebiet im weiteren Sinne) als solchen genügt es, wenn der Eigentümer bei Abschluß des obligatorischen Grundgeschäfts[7]) dem nicht widersprechenden

---

[4]) Vgl. z. B. OLG. 2, 343 (OLG. Karlsruhe) — D.J.Z. 1902, 252; OLG. Colmar Recht 1907 S. 508 Nr. 1005; RG. Recht 1909 Nr. 651; Gruch. 53, 954, RG. 67, 383; OLG. 33, 271 (München); 8, 63 (Stuttgart); OLG. Rostock Seuff. Arch. 69, 389; Staub § 382 Anh. Anm. 68a; Jaffe 5 und die von ihm unter Anm. 2 weiter Angegebenen.

[5]) Vgl. hierzu die Ausführungen besonders von Behrens 8 ff. und Rühl 184—186, worauf verwiesen wird.

[6]) S. 8 ff. (13).

[7]) Rühl, 61, glaubt, daß ein Eigentumsvorbehalt i. S. des § 455 trotz Protestes des Käufers auch dann zustandekomme, wenn der Verkäufer erst bei der Übereignung und nicht schon bei den vorausgehenden Kaufvertragsverhandlungen die dort nicht vorgesehene Einschränkung macht, er liefere unter Eigentumsvorbehalt. Diese Ansicht will Rühl im Wege der ergänzenden Auslegung damit begründen, daß es dem hypothetischen Parteiwillen entspreche, eine von Anfang an vereinbarte aufschiebend bedingte Übereignung anzunehmen. Denn der Erwerber stehe dabei besser, als wenn die Übereignung infolge Dissenses überhaupt unwirksam sei und der Veräußerer erstrebe ja gerade die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts. Auch blieben die Rechte des Erwerbers aus dem obligatorischen Vertrage unberührt. — Dieser Ansicht kann (grundsätzlich), abgesehen auch vom ent-

Vertragspartner gegenüber in schlüssiger Weise die Erklärung abgibt, daß er sich das Eigentum bis zum Bedingungseintritt (= ganz allgemein die Erfüllung der dem Vertragsgegner durch das Grundgeschäft auferlegten Verpflichtungen) vorzubehalten gedenke[8]). Denn es ist alsdann davon auszugehen, daß auch der Akt der Einigung, falls er nachfolgt, von der gesetzten Bedingung erfaßt werden soll. —

Da der Eigentumsvorbehalt nicht nur allein beim Kauf als Grundgeschäft möglich ist, kann ein Eigentumsvorbehalt auch dann zustande kommen, wenn die Parteien vereinbaren, daß das Eigentum an der betreffenden Sache bis zur Befriedigung anderweitiger Ansprüche des Eigentümers gegen den Erwerber als der Zahlung eines Kaufpreises vorbehalten sein soll[9]).

Jedoch kann dann nicht mehr von einem „Kauf" unter Eigentumsvorbehalt im Sinne des § 455 gesprochen werden, auch dann, wenn der anderweitige Anspruch ebenfalls ein (älterer oder sonstiger) Kaufpreisanspruch ist. Denn § 455 setzt mit den Worten: „Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten" ganz eindeutig voraus, daß nur Kaufpreiszahlungen auf die betreffende Sache, an der gerade das Eigentum vorbehalten worden ist, noch zu leisten sind. Etwas anderes ist es natürlich, wenn mehrere Sachen zusammen verkauft werden und an allen zugleich das Eigentum bis zur Restzahlung des Kaufpreises vorbehalten wird. Daß hier § 455 direkt anwendbar ist, wird jede vernünftige Auslegung bejahen[10]).

Durchaus möglich ist es freilich auch, daß die gleichen Vertragsparteien zu gleicher Zeit über verschiedene Sachen verschiedene Kaufverträge abschließen und auch das Eigentum jeweils gesondert vorbehalten. Ob ein solches oder das erstere Verhältnis, in welchem ein Gesamtpreis vereinbart wird, gegebenenfalls vorliegt, ist Tatfrage und nicht allgemein zu entscheiden. Im Zweifel wird man sich wohl für das erstere zu entscheiden haben, da der Eigentumsvorbehalt nur zugunsten des Verkäufers geschlossen wird und der Verkäufer hier insoferne günstiger gestellt ist, als er Eigentümer aller Sachen bis zur gänzlichen Restzahlung bleibt[11]), während andernfalls das Eigentum jeweils an der einzelnen Sache bei Zahlung des gerade für sie geschuldeten Kaufpreises verlorengeht. Keineswegs um Bezahlung eines „Gesamtpreises" handelt es sich aber, wenn es sich um die Zahlung des Kaufpreises für mehrere nach und nach übergebene Sachen handelt. Wenn das OLG. Zweibrücken in seiner Entscheidung a. a. O. dies gleichwohl behauptet, so kann ihm insoweit nicht gefolgt werden. Praktisch freilich ist dies ohne Belang. Denn, wie ausgeführt, kann auch in diesem Falle das Eigentum an allen Sachen bis zur gänzlichen Tilgung aller Ansprüche vorbehalten werden. Nur handelt es sich dann nicht um Zahlung eines Gesamtpreises, sondern um die Abtragung anderweitiger Ansprüche.

Nichts zu tun mit § 455 hat der sogen. uneigentliche oder obligatorische Eigentumsvorbehalt[12]).

Ob schließlich der sogen. nachträgliche Eigentumsvorbehalt unter

---

gegenstehenden Gesetzeswortlaut, aber nicht beigepflichtet werden, da von dem Boden der herrschenden Erklärungstheorie aus (praktisch fallen Abschluß des obligatorischen und dinglichen Geschäfts meistens zusammen) eine Beurteilungsgrundlage nur das abgeben kann, was wirklich erklärt worden ist. Zudem würde die dingliche Position des Erwerbers, wollte man der Ansicht Rühls folgen, unvorhergesehener Weise ganz erheblich eingeschränkt! Endlich ist die Regel nicht der Abschluß eines Kaufes unter Eigentumsvorbehalt, sondern der eines gewöhnlichen Kaufs. Hat also der Verkäufer nicht obligatorisch eine dahingehende Befugnis eingeräumt erhalten, so kommt (in der Regel) ein Eigentumsvorbehalt später (beim dinglichen Geschäft) nicht zustande, wenn der Käufer protestiert.

[8]) Ebenso grundsätzlich Rühl 59. Freilich darf dann aber der Übereignungs- bezw. Erfüllungsakt nichts Gegenteiliges enthalten.

[9]) Im Ergebnis ebenso: RG. L.Z. 1929, 930 = Recht 09 Nr. 2376; Jaffe 6.

[10]) So die allgemeine Ansicht. Insbesondere R.G. Gruch. 53, 954—956 (Urteil vom 2. 1. 08).

[11]) Ebenso bezügl. der Dauer des Eigentumsvorbehalts O.L.G. Zweibrücken in Bay.Z. 06, 66, 67. — A. M. mit unzureichendem Grunde O.L.G. 8, 64 (Stutgart 1904) und Schneider im Recht 1908, 29 ff.; Rühl 81.

[12]) Vgl. hierüber bes. Rühl 75 ff. und Hoeniger in J.W. 1927, 627 ff. (628).

§ 455 fällt, kann hier noch nicht erörtert werden. Auf dieses Rechtsinstitut wird daher noch bei anderer Gelegenheit zurückzukommen sein.

B. Pflichten des Vorbehaltsverkäufers.

§ 3.

Die Besitzverschaffungspflicht.

1. In der vorliegenden Arbeit interessieren von den dem Verkäufer beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt etwa obliegenden Pflichten nur die Besitzverschaffungspflicht und die Eigentumsverschaffungspflicht. Denn besonders aus ihrer Bejahung oder Verneinung bezw. Gestaltung sind im späteren wichtige Schlüsse zu ziehen.

Die Gesetzesquelle, die für beide Pflichten gleichermaßen von Bedeutung ist, ist der § 433.

Die sachenrechtlichen Formen, in denen der Erfüllung dieser Pflichten im allgemeinen genügt werden kann, sind in den §§ 929 ff. angegeben.

In welcher Art nun auch die Übergabe vorgenommen wird, ob körperlich i. S. des § 929 Satz 1 oder unkörperlich i. S. der §§ 929 Satz 2, 930, 931, überall wird durch sie der Erwerber (hier der Käufer) Besitzer der Sache. Daraus kann entnommen werden, daß die Verpflichtung des Verkäufers, die Kaufsache dem Käufer zu übergeben, einer Besitzverschaffungspflicht gleichkommt.

Die Frage ist nun aber die, ob die Besitzverschaffungspflicht von der Eigentumsverschaffungspflicht getrennt werden kann, bezw. ob nicht die beiden Pflichten eine unlösbare innere und äußere Einheit miteinander bilden[1]).

Träfe dies zu, so müßte notwendig beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt nicht nur die in Erfüllung vorgenommene Einigung, sondern auch die Übergabe aufschiebend bedingt sein.

Die Möglichkeit, die Übergabe selbst bedingt zu gestalten, besteht an und für sich[2]).

Will man diese Möglichkeit bejahen, so ist die Ansicht, die Besitzverschaffungspflicht und die Eigentumsverschaffungspflicht bildeten miteinander eine unlösbare innere und äußere Einheit, gleichwohl nicht zu billigen.

Vielmehr stehen Einigung und Übergabe unabhängig nebeneinander und infolgedessen kommt jedem eine eigene besondere Bedeutung zu. Dies geht insbesondere daraus hervor, daß die Übergabe auf Grund des Kaufes — nach obigem hier stets zugleich im Sinne der Besitzverschaffung verstanden — einmal für sich allein den Gefahrübergang bewirken kann[3]), und daß andererseits, wenn der Übergabe die Einigung nicht nachfolgt, nicht eine totale, wie es sonst der Fall sein müßte, sondern nur eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung vorliegt[4]).

Nur diese Nebeneinanderstellung von Einigung und Übergabe wird dem § 455 überhaupt gerecht. Denn einerseits dient und genügt der Eigentumsvorbehalt dazu, den Kaufpreisanspruch des Verkäufers dinglich zu sichern, andererseits will und soll er aber dem Käufer sofort den Besitz der Sache, welchen dieser in der Regel doch gerade nötig hat und zu erlangen beab-

[1]) So z. B. Titze in „Unmöglichkeit" Seite 44, der eine einheitliche Pflicht mit doppeltem Inhalt annimmt; vgl. auch Endemann I, 962, 23; Eccius Gruch. 50, 499. So offenbar auch Wolff § 66 I 1.

[2]) Ebenso Wolff § 66 I 3; § 67 I 3; vgl. auch Stintzing 132; Tölke 16. — A. M. Jaffe 11 (im Widerspruch zu S. 16, wo er eine auflösend bedingte Besitzverschaffung des Verkäufers anerkennt), Planck III. § 929 Bem. 5; § 930 Bem. 4; Brecht S. 283.

[3]) So die herrschende Meinung; vgl. besonders R.G. 85, 320 ff. und die dort angeführte Literatur.

[4]) So insbesondere R.G. 95, 106, 322; Oertmann 376; Lesser („Inhalt der Leistungspflicht") 93; Schöller Gruch. 46, 7; Sörgel § 433 II a 2; R.G.R.Komm. § 433 I; R.G. 64; 209, 334; 66, 344; L.Z. 27, 1213.

sichtigt, verschaffen. Der Besitz als solcher könnte zwar zweifellos auch im Wege eines Miete- oder Leiheverhältnisses etc. vom Verkäufer auf den Käufer übergehen. Allein der Abschluß eines solchen Rechtsgeschäftes kann keineswegs ohne näheren Anhaltspunkt ohne weiteres in den zwischen den Parteien zustandegekommenen Kaufvertrag hineininterpretiert werden. Ein solches Miete- oder Leiheverhältnis etc. setzt der § 455 auch garnicht voraus, es liegt ihm sogar entschieden ferne[5]); läge nämlich ein solches Verhältnis vor, so wäre der Zweifelsfall, an den allein von § 455 bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen die Auslegungsregel geknüpft wird, gar nicht mehr vorhanden, für § 455 also keine Anwendungsmöglichkeit mehr gegeben. Sonach ist der von dem Verkäufer nach §§ 455, 433 in Erfüllung der Besitzverschaffungspflicht mit dem Käufer abzuschließende Übergabevertrag nicht aufschiebend bedingt, und der Besitzverschaffungspflicht muß unabhängig davon, ob der Käufer schon bezahlt hat, genügt werden, und zwar sofort und allein auf Grund des Kaufvertrages[6]).

Hinsichtlich dieser Besitzverschaffungspflicht muß der Verkäufer also vorleisten; er kann sich insoweit nicht auf § 320 berufen; oder dies doch nur solange, als der Käufer eine von ihm etwa vorauszuentrichtende Rate noch nicht geleistet hat. Dies hat aber mit der Bedingung nichts zu tun.

Der Verkäufer kann den Besitz entweder in eigener Person oder aber auch durch eine dritte Person, etwa seinen Besitzmittler, dem Käufer verschaffen. Nach § 278 hat er alsdann aber für ein Verschulden dieser Person wie für eigenes einzustehen, da ja die Besitzverschaffung in Erfüllung seiner Verbindlichkeit geschieht. Zur Besitzverschaffung muß ferner auch die Übergabe der Sache an eine solche Person dann ausreichen, wenn diese die Sache für den Käufer als Besitzmittler benutzen will und soll[7]).

Möglich ist es schließlich auch, dem Käufer den Besitz durch Besitzkonstitut (§§ 930, 868)[8]) oder Abtretung des Herausgabeanspruchs (§§ 931, 870) zu verschaffen. Allein diese Art der Besitzverschaffung braucht sich der Käufer weder beim gewöhnlichen noch beim Kaufe unter Eigentumsvorbehalt ohne weiteres gefallen zu lassen[9]).

Beim Besitzkonstitut wird dies daraus ersichtlich, daß ein Besitzverhältnis im Sinne des § 868 zwischen den Parteien besonders vereinbart werden muß (§ 930) und ebenso ist es bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs notwendig, daß zwischen den Parteien ein dahingehender Vertrag zustandekommt. Denn die Abtretung als solche, auch bei § 931, ist ein Vertrag, § 398. Abgetreten wird hierbei nicht der Anspruch aus dem Eigentum (§ 985), sondern der Anspruch, der dem Verkäufer auf Grund eines der in § 868 genannten Besitzmittlerverhältnisse gegen den unmittelbaren Besitzer zusteht[10]).

Jeder Vertrag bedarf jedoch zu seiner Begründung einer dem Angebot entsprechenden Annahme, §§ 145 ff. — Auch in den beiden soeben behandelten Fällen darf beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt im Sinne des § 455 der Übergabevertrag jedoch, wie dargelegt, nicht aufschiebend bedingt geschlossen werden.

2. Der Inhalt der Besitzverschaffungspflicht erschöpft sich — für den bei § 455 vorausgesetzten Normalfall, daß der Käufer den unmittelbaren Sachbesitz erlangt — natürlicherweise nicht in der bloßen körperlichen Übergabe der Sache an den Käufer. Eine solche wäre für den Käufer in den meisten Fällen wertlos. Vielmehr muß der Käufer von der Sache den bestimmungsgemäßen Gebrauch machen dürfen[11]).

Es muß z. B. dem Käufer das Recht zustehen, schon während der Schwebezeit auf einem unter Eigentumsvorbehalt gekauften Klavier spielen oder auf einem gleichermaßen gekauften Schreibtisch schreiben zu dürfen. Eine

---

[5]) Hiergegen spricht nicht der bei Abzahlungsgeschäften häufig gebrauchte Ausdruck „Möbelleihvertrag"; er ist nichts als ein Ausdruck.

[6]) So Jaffe 13.

[7]) So u. a. Löwenwarter IV S. 134; R.G. 74, 354; 96, 169.

[8]) Vgl. hierzu Brecht 283; Wolff § 67 I, 3; Stintzing 132; Tölke 16, Planck § 930 Bem. 4.

[9]) So Emmerich im „Kauf" 35. — A. M. in Bezug auf Besitz-Konstitut Warneyer § 433 IV; Oertmann 375 a; R.G. 91, 43; O.L.G. 36, 151 (Hamburg).

[10]) Vgl. Wolff § 67 II, 1 und Löwenwarter zu § 931. Es ist dies jedoch bestritten (vgl. hierzu Wolff a. a. O. Anm. 18).

[11]) So Jaffe 11, 12, aber mit anderer als folgender Begründung.

allgemeine rechtliche Grundlage für dieses dem Käufer zustehende Gebrauchsrecht kann § 157 bieten. Es kann aber auch aus dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis direkt abgeleitet werden. Denn nach der herrschenden und richtigen Meinung, die nicht hier des weiteren auseinandergesetzt werden kann, geht die Gefahr auch beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt mit der Übergabe der Sache in Erfüllung des Kaufvertrages an den Käufer auf diesen über, und gleichzeitig von dem Augenblick der Gefahrtragung ab — eine Übergabe ohne Gefahrtragung hat richtigerweise diese Wirkung nicht[12]) — gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache. (§ 446). Unter den Begriff der Nutzungen fallen aber nach § 100 nicht nur die Früchte einer Sache oder eines Rechtes, sondern auch die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt. Sonach ist aber zu sagen, daß die Wirkung bezw. der nähere Inhalt der bezeichneten Übergabe, die zugleich die Besitzverschaffung bedeutet, und des aus ihr folgenden Gefahrüberganges eine Gebrauchsgestattung für den Käufer an der Sache erzeugt. Das Gebrauchsrecht ist daher, wie Müller[13]) richtig bemerkt, entgegen Simmet[14]), nicht lediglich Ausfluß des Eigentums. Es ist auch eine Wirkung des Besitzrechtes. Infolgedessen braucht nicht (stillschweigend) ein besonderer Gebrauchs-Überlassungsvertrag abgeschlossen zu werden. Gleichzeitig haben wir aber auch gesehen, daß der Inhalt der Besitzverschaffungspflicht sonach nicht bloß eine Gebrauchsgestattung, sondern weiter sogar auch das Recht des Bezuges der natürlichen und juristischen Früchte der Sache für den Käufer umgreift. — Die von dem Käufer zu tragenden Lasten der Sache sind nicht Inhalt der Besitzverschaffungspflicht des Verkäufers, da sie ja eine Entlastung für ihn bedeuten. Sie sind eine Folge davon.

Ein weiterer Inhalt der Besitzverschaffungspflicht im Sinne der §§ 455, 433 ist die Dauer derselben. Bei dieser Gelegenheit stellen sich, da ja noch keineswegs sicher ist, ob der Käufer zahlt und dadurch Eigentümer wird, vor allem die folgenden Fragen vor: Ist der Übergabevertrag etwa auflösend bedingt?: wenn ja: Wann und wodurch tritt alsdann die auflösende Bedingung ein und wie sind ihre Wirkungen? — Ihre Beantwortung soll in folgenden § 5 im Zusammenhang mit sie besonders berührenden Fragen versucht werden.

§ 4.

Die Eigentumsverschaffungspflicht.

Sehr umstritten ist die wichtige Frage, ob der Vorbehaltsverkäufer auch seiner Eigentumsverschaffungspflicht und nicht nur seiner Besitzverschaffungspflicht aus § 433 dann schon genügt hat, wenn in Erfüllung des Kaufvertrags dem Käufer die Sache übergeben und auch die aufschiebend bedingte Einigung bereits geschlossen worden ist. Zunächst sei der Stand der Streitfrage wiedergegeben.

Rühl[1]) vertritt hierbei die folgende Meinung: Der Vorbehaltsverkäufer habe gleich dem gewöhnlichen Verkäufer die Pflicht, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen. Der Umstand, daß ein Vorbehaltskauf vorliege, verändere nicht den vom Verkäufer herauszustellenden Leistungserfolg, sondern nur Inhalt und Umfang der ihm obliegenden Leistungshandlungen. Diese Formel begrenze zugleich den Umfang der vom Schuldner vorzunehmenden Leistungshandlungen: er müsse so viel getan haben, daß der Leistungserfolg nunmehr ohne sein Zutun eintreten könne. Da der Eintritt des Erfolgs häufig Mitwirkungshandlungen des Gläubigers oder dritter Personen oder aber die Vornahme behördlicher Akte voraussetze, auf die der Schuldner keinerlei Einfluß habe, könne sich auch das Forderungsrecht des Gläubigers nur darauf beziehen, daß der Schuldner diejenigen Leistungshandlungen vornehme, die im Sinne des jeweiligen Schuldverhältnisses auf Seiten des Schuldners zu solcher Erfolgsherstellung erforderlich seien. Dieses Erfordernis sei aber bei einem Vorbehaltskauf schon dann erfüllt, wenn (außer der Übergabe) die bedingte Übereignung vorgenommen worden sei. Den Vorbehaltsverkäufer

[12]) So Warneyer § 446 IV; Oertmann § 399 Bem. 50; Soergel § 446 Anm. 5; ungenau Kemperdick 36.

[13]) Seite 27 Anm. 2.

[14]) J.W. 1911, 706.

[1]) Seite 193—96.

treffe alsdann nur noch die sekundäre Nebenpflicht, alles zu unterlassen, was den Eintritt des Leistungserfolges hindern könne. Das Bestehen dieser Pflicht hindere nicht, daß der Verkäufer durch die Bewirkung der ihm obliegenden positiven Handlungen bereits den Vertrag erfüllt habe.

Dieselbe Ansicht wird insoweit auch von Oertmann[2]) vertreten.

Diese Ansicht Oertmanns und Rühls nimmt etwa die Mitte ein zwischen der sogen. Leistungshandlungstheorie und der sogen. Leistungserfolgstheorie.

2. Von den Anhängern der ersteren Theorie[3]) seien besonders Schloßmann[4]) und Krückmann[5]) erwähnt. Nach Schloßmann besteht die Leistung des Schuldners (Verkäufers) in nichts anderem als in der Vornahme derjenigen Handlungen, die unter Voraussetzung des Vorhandenseins der sonst noch vom Recht geforderten Momente nötig sind, um das Recht in der Person des Gläubigers (Käufers) ins Leben zu rufen[6]). Hieraus sei zu folgern[7]), eine Klage des Gläubigers könne infolgedessen nicht auf Erfolgherstellung, sondern nur auf Herbeiführung der Leistungshandlung gerichtet werden[8]). Der Standpunkt Krückmanns äußert sich darin, daß er sagt: „Unmöglichkeit ist Unmöglichkeit der Leistungshandlung. Das versprochene Handeln muß unmöglich sein (und dies ist nur von der Person des Schulners aus zu beurteilen)."

In der Auswirkung stehen (zum Teil allerdings unter Beschränkung auf den § 455) der Leistungshandlungstheorie insbesondere die Meinungen von Gierke[9]), Lubowski[10]) und Liebrecht[11]) gleich.

Nach Gierke ist die Annahme unrichtig, der Verkäufer habe nicht schon mit der Übergabe und der durch sie vollzogenen bedingten Eigentumsverschaffung, sondern erst im Augenblick des Eigentumsüberganges vollständig erfüllt, da der Käufer mit Eintritt der Bedingung durch vollständige Zahlung des Kaufpreises auf Grund der schon vollzogenen bedingten Übereignung ohne weiteres endgültig Eigentum erwerbe[12]). Lubowski glaubt, der Verkäufer habe nur alles das zu tun, was zur Eigentumsübertragung erforderlich sei; er habe nicht selbst Eigentum zu übertragen, woraus sich ergebe, daß Eigentumsverschaffung nicht das gleiche sei wie Eigentumsübertragung[13]). Im Falle des § 455 habe daher der Verkäufer mit Abschluß der bedingten Einigung und nach der Übergabe zwar noch nicht Eigentum übertragen, wohl aber verschafft und damit den Kaufvertrag erfüllt. Und Liebrecht schließlich gehört zu denen, die die Ansicht vertreten, der Verkäufer habe deshalb seine Verkäuferpflichten erfüllt, weil der Kauf unter Eigentumsvorbehalt im Sinne des § 455 den besonderen Inhalt dahin habe, daß er nur zur bedingten Eigentumsübertragung verpflichte[14]). Dies trifft aber nicht zu.

---

[2]) Vgl. Vorbem. 5 vor § 241 und insbesondere seinen Aufsatz in Z.H.R. 93, 356—398 (1928) über „Leistungshandlung und Leistungserfolg").

[3]) Vgl. hierzu des näheren die Angaben bei Brodmann in Ehrenbergs Handbuch IV, 2 S. 299 Anm. 6; Oertmann § 241 Vorbem. 5; Planck Siber § 241 Vorbem. III B 2.

[4]) Iher. Jahrb. 45, 97 ff. (105).

[5]) L.Z. 26, 9 ff.

[6]) Seite 105, 110, 112, 114, 118 a. a. O.

[7]) Seite 47 ff.

[8]) Ebenso in diesem Punkt Oertmann Z.H.R. 93, 376; 388; Rühl 194 Anm. 11 und Planck-Siber § 241 Vorbem. III B 2.

[9]) III S. 495 Anm. 30.

[10]) Lobes Zentralbl. 9. Jahrgang (1908) S. 68 ff.

[11]) Kammergerichtsblätter (K.G.Bl.) 1905, 13 ff.

[12]) So auch Stein-Jonas (CPO.) § 857 II. 9; Förster-Kann § 857 Z.P.O. Anm. 5 b aa; Falkmann S. 797; Flechtheim S. 280; Kaufmann Gruch. 53, 335; Sächsisches Arch. R 09, 327 ff.; Samoje 7; Breit, Anh. zu § 6 Anm. 1; Seufferts Bl. 76, 564; Oertmann § 455 Anm. 4; teilweise anders in L.Z. 27, 9 ff. Vgl. auch oben Anm. 2.

[13]) Das ist nicht richtig; vgl. hierzu (oben § 3 und) Etzold Seite 33.

[14]) Ebenso Titze 94 Anm. 1; Flatau 40; Kuhnt 8; Emmerich 51 Anm. 160; Düringer-Hachenburg (widerspruchsvoll) III Anm. 107 vor § 373, anders in II Anm. 135 vor § 368 und in III Anm. 263 vor § 373; Kreß S. 414 Anm. 59.

Denn der Verkäufer muß im Falle des § 455 inhaltlich genau so wie bei § 433 Eigentum unbedingt verschaffen[15]).

3. Zur Leistungserfolgstheorie bekennen sich u. a.[16]) Fr. Leonhard[17]), dieser in schärfster Ausprägung, G. Hartmann[18]), Kreß[19]). Etzold[20]), Planck[21]) und früher auch Oertmann[22]).

Diese Theorie darf als die herrschende bezeichnet werden. Auf ihrem Boden stehen noch eine ganze Reihe von Schriftstellern und Entscheidungen[23]).

Etzold[24]), statt aller, begründet die Erfolgstheorie wie folgt: Das Wesentliche einer Forderung sei der Leistungserfolg, der dem Gläubiger durch das Mittel der Leistungshandlungen zukommen solle. Solange die Leistung im Sinne des Leistungserfolgs (des Bekommensollens nach Siber) noch ausstehe, sei eine Forderung noch vorhanden und daher Raum für die Anwendung der §§ 323 ff. Dies gelte auch dann, wenn die Leistung im Sinne der Leistungshandlung (des Leistensollens) bereits vollendet sei und der Schuldner nicht mehr tätig zu werden brauche. Erst mit der Herbeiführung des Leistungserfolges werde die geschuldete Leistung im Sinne des § 362 bewirkt und erfüllt. Bis zum Eintritt des Leistungserfolges habe der Schuldner aber in jedem Falle die Treupflicht zu wahren, d. h. alles zu unterlassen, was die Verwirklichung des Leistungserfolges hindern könne. Diese Unterlassungspflicht stehe nicht selbständig als eine Nebenpflicht neben der auf Herbeiführung des Leistungserfolges gerichteten Verpflichtung, sondern sei nur ein Ausdruck hiervon und ergebe sich von selbst hieraus. —

Hervorhebung verdient außerdem die Entscheidung des R.G. Bd. 95, 106, wo u. a. gesagt wird: „In § 433 werden dem Verkäufer die Pflichten, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm das Eigentum zu verschaffen, zwar nebeneinander aber getrennt voneinander auferlegt (R.G. 85, 322). Der Verkäufer, der die Sache dem Käufer zwar übergeben aber noch nicht übereignet hat, ist also mit einem Teile der ihm obliegenden Gesamtleistung im Rückstande. Dies gilt auch von § 455. Die Übergabe der Sache unter Eigentumsvorbehalt soll den Kaufvertrag nicht schon in der Gegenwart, sondern erst in der Zukunft erfüllen. Sie gewährt dem Käufer nicht die volle, rechtliche Herrschaft über die Sache (R.G. 64, 334). Der Verkäufer bleibt dementsprechend nach der Übergabe unter Eigentumsvorbehalt noch verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen und ihn dadurch zum Eigenbesitzer zu machen. Der Wille des Verkäufers, das Eigentum an der Sache auf den Käufer zu übertragen, muß also noch in dem Augenblick vorhanden sein, wenn der letzte Kaufgeldrest bezahlt wird und damit die Bedingung eintritt (R.G. 64, 206; 66, 345)."

4. Welcher der Theorien ist nun der Vorzug zu geben? Der Leistungshandlungstheorie, der Leistungserfolgstheorie, oder der Vermittlungstheorie Rühls und Oertmanns?

Recht hat Oertmann[25]) zweifellos insoweit mit seiner Meinung, als er

---

[15]) Ebenso Brecht 296 ff.; Lazarus Kr.V.J. Schr. 49, 390 ff.

[16]) Vgl. die weiteren Angaben bei Brodmann, Oertmann und Planck-Siber a. a. O.

[17]) „Erfülungsort und Schuldort", 1907.

[18]) „Die Obligation", S. 180.

[19]) a. a. O. S. 187.

[20]) S. 35 ff.

[21]) Vorbem. III B 2 zu § 241, § 362 Anm. 1 a.

[22]) L.Z. 27, 9 ff. (14).

[23]) Soergel § 362 Vorbem. 2 a. E., § 455 Anm. 3; Brecht S. 296 ff.; Warneyer § 455 I; Staub § 382 Anh. Anm. 90; Fromherz Z.Z.P. 38 S. 49—67; 39 S. 477; Frank S. 29; Cohn S. 28; Staudinger § 433 VIII A 1 b; § 455 II 2 c, IV a; Jaffe S. 14, 87; Behrens S. 48; Pudor S. 56; Pöschel S. 40; Püschel in L.Z. 14, 1789. Jäger K.O. § 17 Anm. 11; v. Tuhr II 2, 319 Anm. 41; Dernburg § 171 Anm. 11; Planck-Knoke § 455 Anm. 2 e; R.G.R. Komm. § 455 Anm. 3, 6; § 433 Anm. 8 I b; Lazarus Kr.V.J. Schr. 49, 390 ff.; Rosenberg in J.W. 26, 2621 (Bem. zu R.G. 113, 405); sowie insbesondere verschiedene Entscheidungen sowohl des R.G. als anderer Gerichtshöfe; R.G. 64, 204, 334; 66, 347; 83, 214; 85, 403; 95, 106; R.G. Recht 1915 Nr. 482; J.W. 27, 667 Nr. 11; O.L.G. Stuttgart, Württ. Jahrb. 22, 22 (1909).

[24]) S. 35.

[25]) Z.H.R. 93, 375, 365. Vgl. auch Rühl S. 193—196.

sagt, der Schuldner könne vor der Herstellung des Leistungserfolges bereits restlos das getan haben, was auf seiner Seite zur Leistung — Erfolgsherstellung — erforderlich ist, womit die von Leonhard vertretene radikale Erfolgstheorie nicht im Einklang stehe. Nicht gebilligt werden kann sie jedoch, wenn sie im weiteren der Leistungshandlungstheorie insbesondere wegen des § 243 Abs. 2 nicht zustimmen will. Dies ergibt sich aus folgendem:

Nach § 241 ist der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses berechtigt, vom Schuldner eine Leistung (nach allgemeiner Meinung ein Tun oder Unterlassen) zu fordern. Und zwar besteht im Falle des Kaufs wie auch, wie wir gesehen haben, beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt die Pflicht des Verkäufers zur Leistung im Sinne des § 241 gemäß § 433 darin, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. Dieser — obligatorischen — Pflicht kann der Verkäufer aber nur dadurch genügen, daß er dem Käufer die Kaufsache übergibt und beide Teile darüber einig sind, daß das Eigentum daran auf den Käufer übergehen soll, wenn und wann der Käufer den Kaufpreis bezahlt. §§ 929 ff.; § 455. Demzufolge ist es also vor allem einmal nötig, daß der Käufer, soll ein Eigentumsübergang herbeigeführt werden, mit dem Verkäufer (neben dem Übergabevertrag) den Einigungsvertrag abschließt und alsdann, beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt im besonderen, den Kaufpreis bezahlt, damit die (bedingte) Einigung wirksam werde. Hieraus ergibt sich, daß der Verkäufer nicht allein oder nur von sich aus den Übergang des Eigentums an der Kaufsache auf den Käufer herbeiführen kann. (Dies gilt auch, wenn der Verkäufer den Käufer in Gläubigerverzug setzt und daraufhin etwa, wozu er nicht verpflichtet ist, die Kaufsache hinterlegt [§§ 293 ff.; §§ 372 ff.], da ja auch in solchem Falle insbesondere der Abschluß der Einigung und die Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer zur Erfolgsherbeiführung unerläßlich sind. — Ebensowenig vermöchte der Verkäufer durch bloße Dereliktion einen Eigentumsübergang überhaupt zu bewirken). Dies kann nicht bestritten werden. Geht man alsdann aber von den erwähnten unbestreitbaren Voraussetzungen zum Eigentumsübergang aus, so darf man nicht sagen, weil der Erfolg das Wesentliche sei, komme es (gleichwohl) nur auf diesen an; der Schuldner schulde den Erfolg. Denn dies kann er ja logischerweise nicht schulden, weil ihm das Gesetz selber im allgemeinen d. h. in hier in Betracht kommender Weise gar nicht die Macht gibt, ihn allein, von sich aus, herbeizuführen, wenngleich er es wollte. Was er schuldet, kann nach dem Gesagten vielmehr nur dies sein: die Vornahme **derjenigen Handlungen** durch ihn, die erforderlich sind bezw. genügen, um den Erfolgseintritt, den Eigentumsübergang, bei entsprechender vom Gesetze verlangter Gegenhandlung des Gläubigers eintreten zu lassen[26]).

Mithin kann die Leistungserfolgstheorie nicht gebilligt werden. Dies gilt nicht nur hinsichtlich der Kaufgeschäfte und anderer Grundgeschäfte, die einen Eigentumsübergang im Gefolge haben sollen. Denn es darf wohl ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß der Begriff der Leistung im Sinne des BGB. ein einheitlicher ist. Dies besagt deutlich der allgemein für das Gebiet des Schuldrechts geltende § 241 und ebenso auch der noch weiter greifende § 194, welche Paragraphen also, wie gezeigt, bezüglich des Tuns oder Unterlassens (der Leistung) durchaus wörtlich — im Sinne der Leistungshandlungstheorie — aufzufassen sind[27]).

Daß es hierbei, wie schon gesagt, eine solche Handlung des Schuldners sein muß, die geeignet ist, den Erfolg unter der bezeichneten Voraussetzung eintreten zu lassen, ist sowohl allgemeinen (§§ 157, 242) als auch speziellen (z. B. §§ 433, 455; 929 ff.) Rechtssätzen zu entnehmen.

Schloßmann muß daher tatsächlich insoweit zugestimmt werden, als er sagt, eine Klage könne vom Gläubiger nicht auf Erfolgsherstellung, sondern nur auf Herbeiführung der Leistungshandlung gerichtet werden[28]).

Hat man dies aber festgestellt, so kann nicht wegen des § 243 Abs. 2

---

[26]) So Schloßmann S. 105, 110, 112, 114, 118 a. a. O. sowie Rühl S. 194 und Oertmann Z.H.R. 93, 388 ff.

[27]) Dies gilt für alle die Paragraphen, in denen von einer „Leistung" oder „Erfüllung" die Rede ist: vgl. z. B. §§ 267, 269, 278, 281, 372 ff., 444, 447 etc.

[28]) Schloßmann a. a. O. S. 97 ff.; vgl. auch oben Anm. 6 und 7. Ebenso Rühl, Oertmann und Planck. (S. oben Anm. 8).

[29]) Vgl. oben Anm. 1.

wieder — so neben Rühl[29]) besonders Oertmann[30]) — gesagt werden, das Schuldverhältnis gehe gleichwohl auf Herstellung des Leistungserfolges und finde erst darin seine tilgende Erfüllung, aber es verpflichte den Schuldner nur zur Vornahme der ihm obliegenden Leistungshandlungen. Diese Ansicht steht in krassem Widerspruch zu § 362, wo ganz eindeutig und grundsätzlich ausgesprochen wird, daß das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung (die Leistungshandlung, wie dargelegt) an den Gläubiger bewirkt wird.

Wie ist § 243 Abs. II demnach auszulegen? Man erhält seinen richtigen Sinn schon damit, daß man seine Wortfassung einer genauen Betrachtung unterzieht. Tut man dies, so vermag man klar und deutlich zu lesen, daß in § 243 Abs. 2 lediglich davon ausgegangen wird, daß der Schuldner das „zur" Leistung einer solchen (der Gattung nach bestimmten) Sache von mittlerer Art und Güte seinerseits Erforderliche getan haben muß, wenn sich das Schuldverhältnis auf diese Sache beschränken soll. Es ist also gar nicht davon die Rede, daß der Schuldner geleistet hat, vielmehr hat § 243 Abs. 2 nur eine Vorbereitungshandlung zur Leistung im Auge. Betrachtet man den § 243 Abs. 2 so, so kommt man ohne Not zu seiner richtigen Auslegung.

Solche Vorbereitungshandlungen zur Leistung werden naturgemäß besonders beim Gattungskauf notwendig. Denn bei Abschluß eines Gattungskaufes, wenn es noch ein solcher sein soll, ist noch gar nicht bestimmt, welche bestimmte von vielen anderen gleichen Sachen der Verkäufer dem Käufer gemäß §§ 433 ff. zu übergeben und zu Eigentum zu verschaffen hat, bezüglich derer er also die eigentlichen Leistungshandlungen durch Abschluß des Übergabe- und des Einigungsvertrages überhaupt vornehmen muß. Vielmehr bedarf es hierzu erst der Individualisierung oder Konzentration. Diese wird der Verkäufer in der Regel dadurch herbeiführen, daß er eine entsprechende Sache mittlerer Art und Güte einmal ausscheidet und dem Käufer gehörig anbietet[31]). Kommt der Käufer alsdann in Annahmeverzug (nach Maßgabe der §§ 293 ff.), so wandelt sich dadurch die Gattungsschuld in eine Verpflichtung zur Leistung fortan gerade der angebotenen Sache um[32]).

Dies bedeutet nach der gegebenen Darstellung nun aber nicht, daß der Verkäufer jetzt zur Herstellung des „Erfolges" des Eigentumsüberganges in Bezug auf die ausgeschiedene und angebotene Sache verpflichtet sei, vielmehr nur dies, daß er nunmehr eben gerade in Bezug auf diese jetzt individuell feststehende Sache seine erforderlichen Leistungshandlungen für die Besitz- und Eigentumsverschaffung zur Erfüllung im Sinne der §§ 362, 433 jetzt erst vornehmen muß. Nur so kann die „Beschränkung des Schuldverhältnisses auf diese Sache" im Sinne des § 243 Abs. 2 demnach verstanden werden. Nicht stichhaltig sind daher auch insbesondere die vom Reichsgericht in Band 95, 106 und von Etzold zur Begründung der Leistungserfolgstheorie gemachten (oben mitgeteilten) Ausführungen. Dies ergibt sich auch noch aus folgendem.

5. Wann nun aber der Umstand eingetreten ist, daß nämlich der Vorbehaltsverkäufer im Sinne der Leistungshandlungstheorie alle seinerseits[33]) zur „Programmverwirklichung" erforderlichen Handlungen vorgenommen hat, kann nicht allgemein gesagt werden. Es kommt vielmehr auf den Einzelfall an. Soviel aber ist sicher, daß bei einer Leistungspflicht, die auf ein Tun, also auf eine positive Handlung geht, die Frage, ob der Schuldner auch wirklich alles getan hat, was er zu tun verpflichtet war, meist erst dann klar beantwortet werden kann, wenn der Gläubiger seinerseits die zum Erfolgseintritt erforderlichen Handlungen vorgenommen hat und nun der Leistungserfolg eingetreten oder nicht eingetreten ist. Hieraus darf aber ja nicht wieder geschlossen werden, der Schuldner schulde den Leistungserfolg; denn hat der Schuldner tatsächlich alles auch schon zu einem früheren Zeitpunkt getan, so hat er eben zu diesem Zeitpunkt auch schon erfüllt.

Erfolgte die Leistung später, so ist der spätere Zeitpunkt für die Er-

---

[30]) Z.H.R. 93, 375 (vgl. auch oben Anm. 25).

[31]) Vgl. hierzu z. B. Enneccerus § 230 II 1; R.G. 69, 407; R.G.J.W. 13, 130; Recht 13 Nr. 162; L.Z. 13, 481; Gruch 66, 215; Warneyer 22, 55.

[32]) So im Hinblick auf § 300 Abs. 2 insoweit richtig R.G. Holdheims M. Schr. 04, 229; Els. Loth. Z. 04, 644; RG. 69, 407.

[33]) Um einen Ausdruck Hecks zu gebrauchen.

füllung maßgebend. Jedesmal ist aber die Erfüllung durch eine Leistungshandlung erfolgt. Die Kernfrage ist nur die, ob auch eine früher schon einmal vollkommen gewesene Leistungshandlung des Schuldners später wieder in solcher Weise unvollkommen werden kann, daß die frühere Leistung ganz oder teilweise entfällt und die Schuld von neuem zu erfüllen ist. Dies muß aber — trotz des § 362 — bejaht werden. Und zwar ist die Unvollkommenheit in der bezeichneten Weise dann als wieder herbeigeführt zu betrachten, wenn der Schuldner von seiner ehemaligen vollkommenen Leistungshandlung Stücke in der Weise und mit der Wirkung hinwegnimmt, daß der Leistungserfolg bei vollkommener Gegenleistung durch den Gläubiger nicht eintreten kann. Die Wirkung ist dann dieselbe, wie wenn der Schuldner noch gar nicht geleistet hätte und die früher einmal vorhanden gewesene Erfüllung wird dadurch wieder annulliert. Die Erfüllungspflicht des Schuldners geht infolgedessen auf eine vollkommene Leistungshandlung; und zwar naturgemäß auf eine zur rechten Zeit noch vollkommene Leistungshandlung. Hatte der Verkäufer zur Vorzeit, vor der vereinbarten Zeit der Gegenleistung, schon alles seinerseits Erforderliche getan, so wird also dadurch das Schuldverhältnis seiner Verkäuferleistungspflicht noch nicht zum Erlöschen i. S. des § 362 gebracht. Vielmehr dauert die Leistungspflicht des Verkäufers bezw. dessen Pflicht, die früher vollzogene Leistung aufrecht zu erhalten, solange fort, bis der Kaufpreis (rechtzeitig und) ganz bezahlt ist. Insoweit ist also der Ansicht des Reichsgerichts (Bd. 95, 106 etc.) zuzustimmen und hat sie einen richtigen Kern, als sie besagt, der Verkäufer bleibe nach der Übergabe unter Eigentumsvorbehalt noch verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen und der Wille des Verkäufers, das Eigentum an der Sache auf den Käufer zu übertragen, müsse noch in dem Augenblick vorhanden sein, wenn der letzte Kaufgeldrest bezahlt wird und damit die Bedingung eintritt. Diese Worte der Reichsgerichts sind natürlich hier im Sinne der Leistungshandlungstheorie zu verstehen und auf diese umzudeuten. Daher kann auch nicht angenommen werden, es bestehe dann, wenn vollkommen erfüllt ist, eine Nebenpflicht auf Unterlassung der Herbeiführung einer Unvollkommenheit. Entweder ist erfüllt oder es ist überhaupt nicht erfüllt. Ist aber nicht erfüllt, so besteht eine wirkliche echte und positive Leistungshandlungspflicht. Infolgedessen hat Etzold[34]) meines Erachtens den Charakter der sekundären Unterlassungspflicht, so wie sie von Enneccerus[35]) richtig aufgefaßt ist, verkannt. Denn die sekundäre Unterlassungspflicht ist in der Pflicht zu tun selbst vorhanden und die Unterlassung ist eine Voraussetzung dafür, daß das Tun und damit die Erfüllung selbst und überhaupt zustande kommt. Mit dem (endgültigen) Tun findet daher auch diese Unterlassungspflicht ihre Erledigung.

Auf Grund all dessen muß aber an der Leistungshandlungstheorie, so wie sie von Schloßmann[36]) formuliert worden ist, als der richtigen festgehalten werden[37]). Und ebenso ist mit Krückmann zu sagen, daß Unmöglichkeit Unmöglichkeit der Leistungshandlung ist. Daher hat der Vorbehaltsverkäufer auch der Eigentumsverschaffungspflicht dann Genüge getan und damit seinerseits den Kaufvertrag erfüllt, wenn er die Sache übergeben hat und der Übergang des Eigentums infolge der bedingten Einigung nur noch von der Leistungshandlung (= Zahlung des Kaufpreises) des Käufers selber abhängt. Trifft dies nicht zu, so hat der Käufer gegebenenfalls die Rechte aus § 440 Abs. I (§§ 323 ff.) in vollem Umfange. Er hat aber diese Rechte nicht deshalb, weil noch kein Leistungserfolg eingetreten sei, sondern nur deshalb und dann, wenn die Leistungshandlungen selbst noch nicht alle oder nicht in rechtswirksamer Weise[38]) vom Verkäufer vorgenommen worden sind. Ebenso kann demnach aber auch nicht der Ansicht Schloßmanns[39]) zuge-

---

[34]) S. 35.

[35]) § 228 I.

[36]) Jher. Jahrb. 45, 97 ff.

[37]) Auch Heck scheint sich zu ihr zu bekennen, wenn er S. 165 (oben) sagt, der Schuldner nehme die Erfüllungshandlungen vor, um von seiner Schuld befreit zu werden. Die Befreiung sei der rechtliche Erfolg, den er bezwecke.

[38]) So Oertmann Z.H.R. 93. 390. Ohne diese Voraussetzung entsteht gar keine Leistungshandlung im Rechtssinne.

[39]) S. 105.

stimmt werden, die Eigentumsverschaffungspflicht sei in eine Gewährleistungspflicht umzudeuten. Denn die Gewährleistungspflicht ist in § 440 Abs. 2 nur für ganz bestimmte Umstände geregelt[40]).

6. Zur Unterstützung der hier vertretenen Ansicht können noch einige Entscheidungen des Reichsgerichts[41]) Erwähnung finden, die deutlich der Leistungshandlungstheorie zugeneigt sind. Diese Entscheidungen behandeln den Fall, daß der Verkäufer eines Grundstücks die Auflassung vorgenommen und die erforderlichen Eintragung in das Grundbuch bewilligt und beantragt hat, diese aber noch nicht vollzogen ist. Alsdann soll eine Erfüllung des Kaufs durch den Verkäufer im Sinne des § 454 vorliegen, soferne nur der Eintragung des Käufers ein Hindernis nicht entgegensteht. Unter der gleichen Voraussetzung, daß ein Hindernis nicht mehr vorhanden ist, soll ein durch Vormerkung zu sichernder Anspruch des Käufers nach § 883 nicht mehr bestehen können.

Mit der Erfüllung kann dann aber nur die Herbeiführung der Leistungshandlung gemeint sein[42]). Eine andere Deutung ist gar nicht möglich. Mit Rühl[43]) geht es aber nicht an, nur im Sinne des § 454 unter Erfüllung die Leistungshandlung verstehen zu wollen. Das Gesetz gibt keinen Anhaltspunkt dazu, die Erfüllung unter verschiedenen Gesichtspunkten aufzufassen. Die Stellungnahme des Reichsgerichts zu § 454 ist lediglich auch ein Beweis dafür, daß unter Erfüllung die Leistungshandlung und nicht der Leistungserfolg zu verstehen ist. Die durch die Stundung in § 454 herbeigeführte Lösung des Synallagma[44]) rechtfertigt rechtspolitisch nur den Ausschluß des Rücktrittsrechtes.

7. Soll nun aber die Einigung wirksam sein[45]), die in der dinglichen Erfüllung der obligatorischen Eigentumsverschaffungspflicht entspricht, so ist, von der etwaigen Anwendbarkeit der §§ 932 ff. abgesehen, erforderlich, daß der Verkäufer Eigentümer der zu übereignenden Sache ist; denn sonst kann auch kein Eigentum übergehen und wird er damit der Eigentumsverschaffungspflicht nicht gerecht. Weil aber die (bedingte) Einigung des § 929 der Eigentumsverschaffungspflicht des § 433 entspricht, so schuldet der Verkäufer nach § 433 nur Eigentum als solches und an sich; d. h. der Verkäufer muß (nach den Grundsätzen der Leistungshandlungstheorie) Eigentum überhaupt übertragen, wobei das Übertragene mit dem in § 903 für das Eigentum aufgestellten Begriffe sich decken muß. Die Folge solcher Übertragungen ist die, daß der Käufer Eigentümer der Sache wird, wenn er seinerseits die korrespondierenden Handlungen vollbringt.

Da nun aber schon nach § 433 der Verkäufer zur Eigentumsverschaffung im besagten Sinne verpflichtet ist, so kann der § 434 keine nähere Erläuterung und Ergänzung zu § 433 sein, wie es z. B. im R.G.R.Kommentar ausgesprochen ist[46]). Er ist vielmehr nur eine Ergänzung und die Gesetzesstelle des § 903: „Soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen" meint nur Einschränkungen des Eigentümers als eines solchen. Soweit das Eigentum selber betroffen wird, ist § 434 daher unnötig. § 434 kann demnach nur solche Rechte betreffen, die zwar das Eigentum als solches an der Sache entstehen lassen und dieses gar nicht berühren, wohl aber dem Eigentümer dennoch lästig werden können. Solche Rechte können dinglicher Natur (Nießbrauch, Pfandrecht) wie obligatorischer Natur (Mietrecht, Pachtrecht etc.) sein. Anders kann § 434, der überdies nur dispositiver Natur ist[47]), nicht aufgefaßt werden. Die Eigentumsverschaffungspflicht des § 433 als solche hat daher mit den dem Verkäufer unter Umständen aus § 434 obliegenden Pflich-

---

[40]) Ebenso Oertmann Z.H.R. 93 Seite 377.

[41]) Recht 07 S. 1531 Nr. 3785; J.R. 1926 II S. 1457 Nr. 2015; J.W. 26, 2621 Nr. 6 = Bd. 113, 405; J.W. 27, 977 Nr. 10 und J.W. 27, 2919/20 Nr. 17 = Band 118, 100/103.

[42]) So Rühl 264; Jakobi in J.W. 28, 174. — A.M. Staudinger § 454 Anm. 4 a und Etzold S. 39.

[43]) S. 264.

[44]) Vgl. R.G. 118, 100; Kreß S. 60.

[45]) Vgl. oben Anm. 38.

[46]) § 434 Bem. 1.

[47]) So R.G. 112, 329.

ten nichts zu tun. § 434 enthält vielmehr eine besondere Leistungspflicht[48]), die mangels anderweitiger Abrede im Zweifel als gegeben zu erachten ist.

Soferne nun aber der Verkäufer infolge (auch stillschweigender) Vereinbarung verpflichtet ist, den Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können, § 434, so muß auch nach der Leistungshandlungstheorie der Verkäufer dieser Pflicht zugleich mit den anderen Leistungshandlungen genügen. Daraus folgt[49]), daß beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt die Befreiungspflicht zugleich mit der Verschaffungspflicht erfolgen muß; also nicht erst bei Eintritt des Erfolges, sondern schon mit Vornahme der Übertragungshandlungen[50]). Nur diese Lösung wird der Struktur des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt gerecht, da ja hier der Käufer in der Regel unmittelbaren Besitz schon vor dem Übergang des Eigentums hat und der Verkäufer zur Verschaffung des Besitzes ja gleichfalls verpflichtet ist. Denn wie wollte sonst der Verkäufer der Besitzverschaffungspflicht genügen, wenn Rechte Dritter deren Erfüllung vereitelten?

Zusammenfassend ist also nochmals zu sagen, daß der Vorbehaltsverkäufer den Kaufvertrag erfüllt hat, wenn er die Kaufsache dem Käufer übergeben hat und die Einigung über den Eigentums-Übergang unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung des Kaufpreises abgeschlossen worden ist: mit diesen Handlungen jedoch nur dann erfüllt hat, wenn der Erfolg des Eigentumsüberganges durch die hinzukommende Erfüllungshandlung des Käufers, die Zahlung des Kaufpreises, eintreten kann, und außerdem zugleich, ungeachtet anderweitiger Abrede, die Kaufsache frei von Rechten Dritter, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden könnten, diesem verschafft worden ist.

C. Rechte des Vorbehaltsverkäufers.

1. § 5.

Obligatorische Rechte. Insbesondere das Rücktrittsrecht und seine Bedeutung.

Die Rechte, die der Vorbehaltsverkäufer während der Schwebezeit hat, sind von zweierlei Art. Aus dem Kaufvertrag entspringen dem Vorbehaltsverkäufer obligatorische Rechte; und der Umstand, daß der Verkäufer bis zur Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer auch noch Eigentümer der Kaufsache bleibt, gewährt ihm zugleich eine dingliche Rechtsstellung. Im folgenden sollen zunächst obligatorische Rechte des Verkäufers dargestellt werden. Die Darstellung derselben soll jedoch nicht auch etwaige Deliktsansprüche des Verkäufers erörtern, sondern sich nur mit den zwischen den Parteien bestehenden hauptsächlichen kaufvertraglichen Beziehungen unter naturgemäßer Hervorhebung des Hauptrechtes, nämlich des Rücktrittsrechtes des Verkäufers, befassen.

I.

Daß auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt die gewöhnlichen Kaufvorschriften grundsätzlich die gleiche Anwendung finden, ist schon hervorgehoben worden. Es ist daher eine Selbstverständlichkeit, daß der Verkäufer vom Käufer Zahlung des vereinbarten Kaufpreises und die Abnahme der Kaufsache verlangen kann. § 433 Abs. II. Die Pflicht des Käufers, die Kaufsache abzunehmen, wird freilich beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt praktisch kaum eine Rolle spielen, da in der Regel der Vorbehaltskäufer nur zu gerne zur Abnahme bereit sein wird. Daher kann dieses Recht des Ver-

---

[48]) So auch R.G.R. Komm. zu § 434, aber mit unrichtigen Voraussetzungen und Folgerungen; Protokolle zum B.G.B. 1314 und § 440 selber.

[49]) Entgegen R.G. 83, 214; Staudinger § 434 Anm. I b, § 455 Anm. II c und den dort Zitierten, die auf dem Boden der Leistungserfolgstheorie stehen.

[50]) Ebenso im Ergebnis Rühl S. 196.

käufers auf Abnahme hier außer Acht bleiben, umsomehr, als es Besonderheiten auch hier nicht einmal bietet.

Wann der Verkäufer beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt vom Käufer die Zahlung des Kaufpreises verlangen kann, ist nicht allgemein zu sagen. Es sind auch hier Fälle denkbar, in denen eine Zeit für die Kaufpreiszahlung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist. Ebenso setzt der Kauf unter Eigentumsvorbehalt nicht unbedingt voraus, daß der Kaufpreis gestundet wird. Die vielen Käufe, die sich alltäglich in Warenhäusern, sonstigen Ladengeschäften und dergleichen, wo sofortiger Austausch von Ware gegen Geld üblich ist, abspielen, kommen in der Regel, falls nicht bar bezahlt wird, unter einem Eigentumsvorbehalt zustande[1]). Denn der Verkäufer ist hierbei im allgemeinen weder gesonnen oder gewillt, die dem Käufer etwa in die Hand gegebene Ware schon vor der Zahlung zu übereignen und der Käufer geht bei solchen Gelegenheiten normalerweise auch gar nicht von der Meinung aus, das Gegenteil treffe zu. Die Einigung ist alsdann, wenn auch nur stillschweigend, auch hier eine aufschiebend bedingte, soferne vom Vorliegen einer Einigung hier überhaupt die Rede sein kann. Weitaus am häufigsten und überhaupt in der Regel trifft es aber zu, daß bei dem Kauf unter Eigentumsvorbehalt die Vertragsparteien eine Stundung des Kaufpreises auf einen bestimmten Kalendertermin oder, seltener, auf den Eintritt eines bestimmten Ereignisses mitvereinbaren. Recht häufig mag es dabei auch vorkommen, daß die Zahlung des Kaufpreises nicht auf einen Termin, sondern auf mehrere, also in Raten, wie besonders bei den sogen. Möbelleihverträgen, vereinbart wird. — Demzufolge ist also dafür, wann und in welchem Umfange der Verkäufer Zahlung fordern kann, stets der jeweilige Einzelvertrag maßgebend. Im folgenden soll der Betrachtung ein solcher Kaufvertrag zugrundegelegt werden, bei welchem die Zahlung auf einen Kalendertag gestundet ist. Von vornherein scheidet dann das Recht des Verkäufers aus, vom Käufer gemäß § 452 von dem Zeitpunkt ab, von welchem an die Nutzungen der Kaufsache diesem gebühren, die Verzinsung des Kaufpreises zu verlangen. Ohne Stundung wäre diese Zinspflicht des Käufers möglich. Denn wir haben schon gesehen, daß mit der Übergabe der Kaufsache an den Käufer die Gefahr des zufälligen Unterganges und damit die Nutzungen auf diesen übergehen.

In solchem Falle ist nun aber ohne weiteres klar, daß mit dem Termineintritt entweder die ganze Kaufpreissumme oder die betreffende Rate fällig wird und der Verkäufer alsdann Zahlung fordern kann. Zahlt der Käufer nicht, so kommt er, soferne er es zu vertreten hat (§ 285), in Verzug, und zwar gemäß § 284 Abs. 2 ohne Mahnung allein durch die Fälligkeit. Unerheblich ist hierbei, ob der Verzug hinsichtlich des ganzen Kaufpreises oder nur hinsichtlich einer Rate eintritt[2]). Dem Verzug des Käufers wird ein solcher Fall gleichzusetzen sein, in dem er dem Verkäufer schon vor der Fälligkeit erklärt, er werde nicht zahlen. Im Anschluß hieran ist die Frage nun die, welche Rechte der Verkäufer im Verzugsfalle des Käufers hat.

Als Hauptrecht ist dem Verkäufer in § 455 selbst für diesen Fall ein (vertragliches, kein gesetzliches) Rücktrittsrecht vom Kaufvertrag gegeben. Dies mag zunächst etwas merkwürdig erscheinen, da ja im Verzugsfalle für gegenseitige Verträge das Rücktrittsrecht grundsätzlich und gemeinsam in § 326 und in § 454 speziell für Kaufverträge schon geregelt ist. Es liegt daher die Frage nahe, aus welchem Grunde der Gesetzgeber in § 455 das Rücktrittsrecht noch einmal besonders erwähnt hat. Ihre Beantwortung ist keineswegs unwichtig, denn träfe es etwa zu, daß das Rücktrittsrecht — außer wegen § 454 — lediglich deshalb in den § 455 aufgenommen worden wäre, um zu zeigen, daß der Kaufvertrag im Zweifelsfall als unter keiner Bedingung abgeschlossen gelten soll, so würde u. a. die Regelung des § 326 bezüglich der Nachfristsetzung auch auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt in vollem Umfange Anwendung zu finden haben. Dies zu zeigen, kann aber nicht allein bezweckt worden sein; deswegen, weil dann nicht die besondere und alleinige Benennung gerade des Rücktrittsrechtes notwendig geworden wäre. Ebensogut hätte dann nämlich ein Schadensersatzrecht des Verkäufers wegen Nichterfüllung erwähnt werden oder auch durch direkten Ausspruch die Unbedingtheit des Kaufvertrags hervorgehoben werden können. Aber ge-

[1]) Hierzu Rühl S. 59.
[2]) Ebenso Windscheid-Kipp II S. 659 Abs. 2; Jaffe S. 39.

rade, weil dies nicht geschehen ist, muß die besondere Erwähnung des Rücktrittsrechtes in § 455 — rein formal betrachtet — diesen weitergehenden Sinn haben:

1. zeigt sie, daß bei allen Kaufverträgen unter Eigentumsvorbehalt im Sinne des § 455 — also auch bei Stundung des Kaufpreises — ein Rücktrittsrecht überhaupt möglich,

2. verschafft sie darüber Klarheit, daß der Kaufvertrag unbedingt abschlossen ist und

3. macht sie — vor allem — das Rücktrittsrecht des Verkäufers im Verzugsfalle von keiner Nachfristsetzung abhängig. Der Verkäufer kann also in jedem Falle sofort mit dem Verzug des Käufers vom Kaufvertrag zurücktreten[3])

Dies letztere gilt aber nicht, wenn der Verkäufer sich z. B. bei dem Verkauf eines Geschäfts als Ganzen das Eigentum an den mitverkauften beweglichen Sachen vorbehalten hat. Denn ein solcher Vertrag, der als ein zusammengehöriges Ganzes abgeschlossen wird, kann auch in Bezug auf das Rücktrittsrecht nur einheitlich beurteilt werden[4]). In solchem Falle ist also das Rücktrittsrecht nach § 326 gegebenenfalls geltend zu machen, soferne nicht § 454 entgegensteht.

Zu bemerken ist noch, daß vom Standpunkt der hier verfochtenen Leistungshandlungstheorie § 454 durchaus auch auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt anwendbar wäre[5]). Allein durch § 455 wird die Anwendbarkeit des § 454 auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt deutlich ausgeschlossen. Dies muß entgegen Rühl[6]) auch für solche Fälle gelten, in denen der Vorbehaltsverkäufer dem Käufer den Verbrauch, die Weiterveräußerung oder die Umgestaltung der Kaufsache gestattet hat. Wird der Rücktritt vom Verkäufer dann erklärt, wenn der Käufer schon verbraucht hat etc., so führt dies auch keineswegs zu Unzuträglichkeiten. Denn unter Berufung auf die §§ 347, 989 kann alsdann der Verkäufer vom Käufer keinen Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Herausgabe fordern, da ja dann die Unmöglichkeit der Herausgabe vom Käufer in der Regel nicht zu vertreten ist. (Vgl. hierzu die Ausführungen in § 11 am Ende). Auch im Falle der Weiterveräußerung der Kaufsache an einen Dritten zieht der Rücktritt keine unwirtschaftlichen Folgen nach sich, mit Rücksicht auf § 185 auch dann nicht, wenn der Dritte im Augenblick der Veräußerung an ihn gewußt haben sollte, daß der Veräußerer (der Käufer) noch nicht Eigentümer der Sache war. Andererseits ist jedoch der Käufer in solchen Fällen der Unmöglichkeit der Rückgewähr dem Verkäufer gegenüber verpflichtet, ihm den Wert der Kaufsache zu vergüten. (Vgl. hierzu R.G. J.W. 1911, 756; Gruch. 56, 113; R.G. Recht 1914 Nr. 2045; Warn. 1914, 71).

Damit ist schon angedeutet, daß auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt die Vorschriften über den Rücktritt, §§ 346—361, ebenso wie in einem anderen Falle Anwendung finden. Dazu ist noch zu bemerken, daß die Ausübung des Rücktrittsrechtes immer nur ein Recht, niemals zugleich auch eine Pflicht ist. In der Regel werden Vorteile aus dem Rücktrittsrecht auch nur für den entstehen, der zur Ausübung desselben berechtigt ist. Auf den Vorbehaltsverkäufer wird dies im besonderen zutreffen. Daher ist es unbillig, wenn man, wie es eine neuere Rechtsprechung tut[7]), das Rücktrittsrecht dann verwirkt sein lassen will, wenn es nicht binnen angemessener Frist ausgeübt wird. Das hieße soviel, daß einem meist dem Käufer entgegenkommenden Verhalten des Vorbehaltsverkäufers zum Dank zugleich auch noch nachteilige Wirkungen für diesen beigelegt würden. Dies würde aber sicherlich gegen Treu und Glauben verstoßen, umsomehr, als im Gesetz selber von einer Verwirkung

[3]) Ebenso Rühl S. 265; Müller S. 15; Staub § 382 Anh. Anm. 65; Titze in J.W. 27, 1027; R.G. in H.R.R. 28, 1967; Recht 28 Nr. 2096. Vgl. auch R.G.R.-Komm. § 455 Anm. 5. — Über die sonstigen hauptsächlichen obligatorischen Rechte des Vorbehaltsverkäufers vgl. weiter unten.

[4]) So R.G. 67, 385.

[5]) Vgl. Rühl 263. Vom Reichsgericht wird dies freilich verneint (vgl. R.G. J.W. 27, 667), da es ja auf dem Boden der Leistungserfolgstheorie steht.

[6]) S. 263.

[7]) Vgl. R.G. 91, 109; 107, 109 und ebenso R.G.R.Komm. § 379, § 360 Anm. 1; Kreß S. 172; Franz Leonhard „Allgemeines Schuldrecht" S. 413.

keine Rede ist[8]). Ebenso geht es aber auch nicht an, das Rücktrittsrecht des Vorbehaltsverkäufers dann als erloschen zu betrachten, wenn er nachträglich noch eine Ratenzahlung annimmt, ohne sich dabei ausdrücklich sein Recht vorzubehalten[9]). Denn eine Heilung des Verzugs tritt keineswegs automatisch ein.

II.

Nachdem wir nun vor allem gesehen haben, wann der Vorbehaltsverkäufer vom Kaufvertrag zurücktreten kann, handelt es sich jetzt darum, aufzuzeigen, welche nähere Bedeutung der erklärte Rücktritt (§ 349) beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt im Sinne des § 455 außerdem hat. Soviel ist sicher, daß durch einen wirksam erklärten Rücktritt der Kaufvertrag aufgelöst wird[10]). Alsdann besteht für den Käufer keine Pflicht aber auch kein Recht mehr, die Zahlung an den Verkäufer zu leisten und damit das Eigentum an der Kaufsache zu erlangen. Die von der aufschiebenden Bedingung der Zahlung des Kaufpreises abhängig gemachte Wirkung des Eigentumsübergangs kann also keinesfalls mehr eintreten, die Bedingung ist sonach mit dem erklärten Rücktritt ausgefallen und die Schwebezeit sowie mit ihr die Anwartschaft zu Ende. Daher kann der Ausfall nur durch Rücktritt eintreten[11]).

1. Dies ist noch näher auszuführen, denn diese Ansicht ist keineswegs unbestritten. Vielfach wird die Meinung vertreten, der Ausfall der Bedingung trete schon mit der nichtrechtzeitigen Zahlung, also mit dem Verzug ein[12]). Es kann ihr aber, abgesehen davon, daß freilich dieser Ausfall wie auch ein anderer vereinbart werden kann, aus verschiedenen Gründen nicht beigepflichtet werden. Einmal und zunächst, wenn auch nicht allein maßgebend, spricht der Gesetzeswortlaut gegen sie. Denn in § 455 ist nicht von „rechtzeitiger" sonder von „vollständiger" Zahlung des Kaufpreises die Rede[13]). Sodann aber ist die rechtzeitige Zahlung auch durchaus kein Wesensmoment des § 455. Wesensmoment des § 455 ist vielmehr die Sicherung des Verkäufers bis zur Zahlung. Dieser Sicherungszweck des Eigentumsvorbehalt erleidet aber dadurch, daß einmal der Kaufpreis oder eine Rate davon nicht rechtzeitig bezahlt werden sollte, nicht die geringste Einbuße. Nach wie vor ist der Verkäufer Eigentümer der Kaufsache. Des ferneren wird der Kaufvertrag nicht durch die nicht rechtzeitige Zahlung des Kaufpreises, die lediglich Verzugswirkungen hat, aufgelöst. Die Auflösung geschieht vielmehr erst durch den Rücktritt. Dieser aber ist, wie schon gesagt, nicht eine Pflicht, sondern nur ein Recht des Verkäufers. Es geht nun aber nicht an, an eine bloße Voraussetzung der Zulässigkeit des Rücktrittsrechts, den Verzug nämlich, schon so schwerwiegende Wirkungen wie den Bedingungsausfall zu knüpfen, solange noch gar nicht feststeht, ob von dem betreffenden Recht von dem Berechtigten überhaupt Gebrauch gemacht wird. Die Wirkungen des Verzugs sind zudem vom Gesetz in den §§ 286 bis 288, 326 fest umschrieben. Weder an diesen Stellen noch in den §§ 158 ff. ist von einem Ausfall infolge Verzugs auch nur eine Andeutung zu finden. Auch in § 361 wird lediglich von einem Rücktrittsrecht des Gläubigers gesprochen, nicht aber davon, daß der Schuldner nach Verzug nicht mehr leisten könne. Im Wege des argumentum e contrario muß vielmehr geradezu darauf geschlossen werden, daß der Schuldner noch solange zur Leistung berechtigt und der Gläubiger zur Annahme, bei Vermeidung der in § 293 ff. bezeichneten Folgen wie zur Erfüllung, auch verpflichtet bleibt, als der Rücktritt nicht erklärt worden ist. — Abwegig ist es hierbei vor allem auch, so, wie

---

[8]) Im Ergebnis ebenso Rühl S. 267.

[9]) A. M. Rühl 267; R.G. in Seuff.Arch. 57, 53; Enneccerus II § 264 I 4.

[10]) Vgl. hierzu z. B. Staudinger Vorbem. I, 1 zu §§ 346 ff.

[11]) Ebenso Rühl S. 93; Thiesing S. 244; Flatau S. 50; Soergel 158 Vorbem. 4; Staudinger § 455 Anm. II 2 a; Cohn S. 50/51.

[12]) So R.G.R.Komm. 455 Anm. 5 Oertmann § 455 Anm. 1 Abs. 2 und 3; Staudinger § 455 Inm. II, 3; Düringer-Hachenburg § 368 Vorbem. Anm. 135 d; Staub § 382 Anh. Anm. 63/64; Planck § 455 Anm. 2; Dernburg II, 2 § 171 III; Crome II, 413 Anm. 66; Jaffe S. 27; Kunze S. 32; Geißler S. 521; Heyer S. 17; Pudor S. 30 und das R.G. in L.Z. 07, 513 ff. (515).

[13]) So Cohn S. 52.

z. B. im Komm. der Reichsgerichtsräte geschehen[14]), als Folge der Nichtzahlung nur dinglich die Übereignung als hinfällig zu betrachten und obligatorisch im Verzugsfalle dem Verkäufer ein Rücktrittsrecht zu gewähren, da ja die aufschiebend bedingte Einigung nichts als das dingliche Erfüllungsgeschäft des obligatorischen Grundgeschäfts, des Kaufvertrags ist, in der aber die Vorbehaltsklausel infolge der Bedingung gleichfalls aufgenommen worden sein muß. Denn die Befugnis des Verkäufers, sich bis zur Zahlung des Kaufpreises das Eigentum vorzubehalten, ist gleichfalls schuldrechtlicher Natur[15]). Da aber das Kausalgeschäft, wie der Kommentar der Reichsgerichtsräte selber sagt, unberührt bestehen bleibt, so liegt kein Grund vor, die bedingte Übereignung als hinfällig zu betrachten; zumal, wie gesagt, die aufschiebend bedingte Einigung nichts anderes bedeutet als ein Stück des insoweit ins Dingliche übersetzten Kausalgeschäfts. Die innere Struktur der aufschiebend bedingten Einigung ist also die entsprechend gleiche. Bei der — allerdings durch die Beifügung der Bedingung stark abgeschwächten — abstrakten Natur der Einigung wäre es zudem eher geboten, geradezu das Gegenteil der Ansicht des Reichsgerichtsräte-Kommentars anzunehmen. Übrigens würde die besonders im Reichsgerichtsräte-Kommentar vertretene Ansicht auch eine ganz sonderbare Situation heraufbeschwören, wenn der Käufer, was er infolge des ja auch nach dieser Meinung noch bestehenden Kaufvertrags noch könnte, nachher noch zahlen würde. Denn alsdann könnte der Eintritt der Bedingung nicht mehr wirken! Jaffe[16]) kommt hier mit Hilfe der Verlegenheitskonstruktion einer subsidiären Bedeutung des Eigentumsvorbehalts zu der Annahme, der Käufer werde doch noch Eigentümer. Neben der bedingten Einigung bestehe nämlich noch eine sekundäre Einigung, die schlechthin bedingt sei durch die volle Erfüllung der dem Käufer obliegenden Verbindlichkeiten[17]). Mit Recht sagt Rühl hierzu[18]), daß eine solche zweite Abrede den Parteien völlig fern liege. Jaffe[19]) kann einen Beweis für die Richtigkeit der bekämpften Meinung auch nicht damit erbringen, daß er den Eigentumsvorbehalt mit einem Pfandrecht vergleicht und nun in analoger Anwendung aus § 1228 Abs. 2 den Schluß zieht, auch beim Eigentumsvorbehalt komme die Rechtzeitigkeit der Zahlung in Betracht. Beim Pfandrecht an Mobilien hat die in § 1228 Abs. 2 getroffene Regelung, daß der Pfandgläubiger zum Verkaufe berechtigt ist, sobald die Forderung ganz oder zum Teil fällig ist, einen anderen und richtigen Sinn. Denn ein Pfandrecht dient nicht nur zur Sicherung, sondern vor allem zur Befriedigung des Gläubigers, während der Eigentumsvorbehalt grundsätzlich nur Sicherungszweck hat. Ohne Not ist es daher nicht angängig, Pfandrecht-Befriedigungs-Regeln auf den Eigentumsvorbehalt analog anzuwenden. Aber die Bestimmung des § 1228 Abs. 2 ist gerade dem Befriedigungs- und nicht dem Sicherungszweck entsprungen. Deshalb kann sie für den Eigentumsvorbehalt keine Verwendung finden.

Abzulehnen ist auch — mit Rühl und Jaffe[20]) — die neuerdings besonders wieder von Etzold[21]) vertretene Ansicht, der Ausfall der Bedingung und damit der Untergang der Anwartschaft trete mit der Zahlungsunfähigkeit des Käufers ein. Rühl und Jaffe bemerken hierzu mit Recht, daß ja auch ein Dritter gemäß § 267 anstelle des Schuldners leisten könne. Aber ganz abgesehen davon, daß der Augenblick des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit oder auch die Zahlungsunfähigkeit selber sich praktisch meistens nur schwer feststellen lassen wird, müßte dann die Bedingung gegebenenfalls schon vor der Fälligkeit der Kaufpreiszahlung ausfallen. Dies würde aber zu einem gänzlich unhaltbaren und zu mißbilligenden Ergebnis dann führen, wenn der Käufer im Augenblick der Fälligkeit oder vor der Rücktrittserklärung wieder zahlungsfähig würde.

Aus diesen Gründen muß an der Rücktrittstheorie, wenn auch entgegen der herrschenden Meinung, festgehalten werden. Aus dem weiteren wird sich ihre Richtigkeit noch mehr ergeben.

[14]) § 455 Anm. 5.
[15]) So auch R.G. 83, 214 ff.
[16]) S. 46.
[17]) S. 47.
[18]) S. 94.
[19]) S. 29.
[20]) S. 93 bezw. 28. Weitere Literatur-Angabe bei Jaffe, S. 26 Anm. 2.
[21]) S. 5.

2. Aus diesem Ergebnis, wonach durch den Rücktritt die Bedingung ausfällt und der Vorbehaltsverkäufer gemäß § 346 die Kaufsache alsdann zurückverlangen kann, folgt zugleich, daß seine Besitzverschaffungspflicht durch den wirksamen Rücktritt und damit logischerweise das Besitzrecht des Käufers beendet wird[22]). Die am Ende des § 3 aufgeworfene Frage ist also dahin zu beantworten, daß die Besitzverschaffungspflicht des Vorbehaltsverkäufers demnach tatsächlich nur auf Abschluß eines auflösend bedingten Übergabevertrages geht: und zwar ist der Eintritt dieser auflösenden Bedingung dabei desgleichen in der wirksamen Rücktrittserklärung zu erblicken[23]). Dieses Ergebnis entspricht durchaus der Bedeutung, die der Rücktrittserklärung neben der durch sie bewirkten Aufhebung des Kaufvertrags auch in Bezug auf den durch sie herbeigeführten Ausfall der aufschiebenden Bedingung innewohnt.

3. Da erst die Rücktrittserklärung den Eintritt der auflösenden Bedingung herbeiführt, so hat der Vorbehaltsverkäufer mangels etwaiger besonderer Vereinbarung vor dem Rücktritt kein Recht, vom Käufer die Rückgabe der Kaufsache zu verlangen. Infolgedessen kann der Käufer gemäß § 986 mit Erfolg auch bis zum Rücktritt sich gegen eine rei vindicatio des Verkäufers wehren. Liegt demnach ein Verzug des Käufers vor und fordert daraufhin der Verkäufer die Sache, mag er sich auf § 346 oder § 985 stützen, zurück, so stellt dies notwendig im Zweifel zugleich eine Rücktrittserklärung dar[24]). Will der Verkäufer nicht zurücktreten, so kann er auch, trotz Verzugs des Käufers, die Sache nicht zurückfordern[25]). Denn als Folge des Verzugs ist in diesem Falle vom Gesetz gerade das Rücktrittsrecht und nur dieses gegeben.

Diese Ansicht, das Zurückfordern der Kaufsache im Verzugsfalle enthalte notwendig im Zweifel zugleich eine Rücktrittserklärung, ist allerdings stark bestritten[26]). Jedoch ist die gegnerische Meinung vor allem darauf zurückzuführen, daß die Bedingung schon mit nicht rechtzeitiger Zahlung als ausgefallen betrachtet wird. Gierke z. B. sagt: „Fällt die Bedingung infolge Nichtzahlung des Kaufpreises aus, so wird die Übereignung hinfällig, gleichviel, ob der Käufer in Verzug ist oder nicht. Der Verkäufer kann daher die Sache auch dann, wenn der Kaufvertrag in Kraft bleibt, zurückfordern". In ähnlicher Weise drückt sich Staub aus. Er spricht von einer dinglichen Wirkung des Eigentumsvorbehalts, die darin bestehe, daß der Verkäufer bei Nichtzahlung des Kaufpreises (auf Verzug komme es hier nicht an, weil es sich um eine Bedingung handle) mit der Eigentumsklage die Herausgabe der Sache nach § 985 ff. verlangen könne, ohne vom Kauf zurückzutreten, also unter Aufrechterhaltung des Kaufvertrages. Der Verkäufer wolle sich lediglich sichern. — Ebenso verhält sich auch das Reichsgericht zu der Sachlage, wenn es meint, der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises schließe nicht den dinglichen Herausgabeanspruch aus; oder daß das ganze Kaufgeschäft nicht aufgelöst werde, daß vielmehr neben der Befugnis, das Kaufobjekt zu vindicieren, dem Käufer die persönliche Klage aus dem Kaufvertrage auf den ganzen Betrag des Kaufpreises zustehe. Der Reichsgerichtsräte-

---

[22]) Bezüglich des Besitz-Rechts des Käufers vgl. besonders die Ausführungen Brechts S. 278 ff. (S. 281).

[23]) Etzold, S. 5, 27 und mit ihm Planck § 455 Bem. 2a sowie das O.L.G. Stuttgart, Württ. Jahrb. 24, 10 sind der Ansicht, die Unterlassung der Kaufpreiszahlung führe den Verlust des Besitzrechtes herbei. Das O.L.G. Dresden, Sächs. Ann. 31, 267 ff., meint, erst das Herausverlangen auf Grund der Nicht-Zahlung habe diese Wirkung. — Vgl. hierzu auch Planck § 929 Bem. 3a; von Tuhr II 2, 307. — Alle diese Anschauungen gehen jedoch von den anderen, bekämpften Grundanschauungen aus.

[24]) Ebenso Windscheid-Kipp II § 387 S. 640; Goldmann-Lilienthal § 142 Anm. 2; Soergel § 455 Anm. 3; Günter-Stulz in J.W. 30, 2771 und das R.G. in Band 119, 64 = J.W. 28, 213.

[25]) So auch Cohn S. 54; Müller S. 30/31; Staudinger § 455 Anm. II 2a.

[26]) A. M. sind: Rühl 256 ff.; Gierke III S. 495 Anm. 31; R.G.R. Komm. § 455 Anm. 1; Oertmann § 455 Anm. 1; Cohn J.W. 30, 2760; Mentzel § 26 Ko. Anm. 2; Staub § 382 Anh. Anm. 64, Wagener S. 20/21; Jaffe S. 43 ff. und die von diesem Anm. 2 weiter Genannten sowie das Reichsgericht in Band 7, 147 (1882); 49, 190 (1901); J.W. 05, 18; J.W. 07, 315; Band 67, 385 ff. und Seuff. Arch. 75, 161 (1919).

Kommentar[27]) hat diese Auffassung des Reichsgerichts übernommen. Dem schließt sich auch Jaffe[28]) an, indem er den Standpunkt vertritt, die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts wegen Zahlungsverzuges begreife die Ausübung des Rücktrittsrechts an sich nicht in sich. Die juristische Konstruktion an sich mache dies nicht notwendig. Denn das aus dem vorbehaltenen Eigentum sich ergebende Recht, die Sache herauszuverlangen, und das Recht, den Rücktritt zu erklären, würden begrifflich ganz unabhängig voneinander stehen; es bräuchten ja dem Käufer gar nicht immer beide Rechte eingeräumt zu sein. Der Verkäufer könne die Sache mittels der rei vindicatio oder auch nur mittels einer ihm (nach § 157) gleichfalls zustehenden persönlichen Klage herausverlangen, und zwar nach Ablauf der Schwebezeit. Dieser Ablauf, der den Ausfall der Bedingung darstelle, trete durch nicht rechtzeitige Zahlung ein[29]).

Daß aber beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt im Sinne des § 455 diese starre und dogmatische Trennung von obligatorischem Grund- und dinglichem Erfüllungsgeschäft praktisch nicht angängig sein kann[30]), daß hier vielmehr während der Schwebezeit enge gegenseitige Wechselwirkungen bestehen, wurde anläßlich des Nachweises, daß die nichtrechtzeitige Zahlung nicht den Ausfall der Bedingung erwirke, schon gesagt. Demnach ist sie hier wie dort abzulehnen und mit ihr auch die gegnerische Folgerung, der Verkäufer könne die Sache auch dann zurückfordern, wenn der Kaufvertrag in Kraft bleibe und infolgedessen bedeute ein Zurückverlangen der Kaufsache nicht zugleich auch die Erklärung des Rücktritts.

Daß begrifflich das etwaige Recht, die Sache herauszuverlangen, mit dem Rücktritt nichts gemein hat, ist, entgegen Jaffe (vgl. oben), kein Grund, deswegen dem Herausverlangen nach Fälligkeit des Kaufpreises die Bedeutung der Rücktrittserklärung abzustreiten. Denn es kommt nicht auf die Begriffsverwandtschaft, sondern auf die innere Bindung hier an.

Unerheblich ist ferner, daß gegebenenfalls durch besondere Abrede das Rücktrittsrecht ausgeschlossen sein kann. Ist dies der Fall, so kann, wenn keine besondere anderweitige Abrede besteht, die jedoch u. U. auf Grund des § 157 auch allgemein für diesen Fall als gegeben erachtet werden könnte, auch trotz Fälligkeit des Kaufpreises zufolge des § 454 (nach Maßgabe der in § 4 gemachten Ausführungen) nicht zurückgetreten und die Kaufsache auch nicht herausverlangt werden, da ja der Kaufvertrag weiterbestehen bleibt. In diesem Falle bleibt dem Verkäufer nichts anderes übrig, als gegen den Käufer (entweder wegen der Kaufpreisforderung oder wegen Schadenersatzes wegen Nichterfüllung) einen Titel zu erwirken und, wenn nötig, auch selbst in die Kaufsache vollstrecken zu lassen. (Vgl. hierzu des näheren § 10).

Rühl[31]) endlich nimmt hierzu einen nicht völlig klaren Sonderstandpunkt ein. Denn einmal tritt er für ein „meist" dem Verkäufer neben dem Rücktrittsrecht noch besonders zustehendes persönliches Rückforderungsrecht ein, welches auf dem Kausalverhältnis beruhe, und alsdann stellt er sich rückhaltlos auf den vom Reichsgericht — mit Ausnahme der Entscheidung in Band 119 .64 und bei Warneyer 29, 4 — verteidigten Boden. Soferne noch ein besonderes persönliches Rückforderungsrecht des Verkäufers vorhanden sein sollte, wovon noch zu sprechen sein wird, ist die Ansicht Rühls, die Rückforderung — sei es auf Grund dieses besonderen persönlichen Rechtes, sei es auf Grund des § 985 — bedeute keinen Rücktritt, ohne weiteres richtig; soweit sie sich aber einfach dem Reichsgericht zuneigt, kann sie aus den obigen Gründen nicht gebilligt werden[32]).

Infolgedessen muß daran festgehalten werden, daß ein Zurückfordern der Kaufsache durch den Verkäufer im Verzugsfalle des Käufers grundsätzlich notwendigerweise im Zweifel eine Rücktrittserklärung zugleich enthält.

---

[27]) § 455 Anm. 5.
[28]) S. 43.
[29]) (Jaffe) S. 27.
[30]) So auch Cohn S. 56. Vgl. hierzu auch Hoeniger J.W. 1927, 627ff. (S. 629 Anm. 11).
[31]) S. 256ff.
[32]) Vgl. hierzu auch Stulz J.W. 30, 2771.

Dies ist auch der Standpunkt einer neueren schon mitgeteilten Entscheidung des Reichsgerichts in Band 119, 64. Dieser Entscheidung tritt nicht, wie Wagener[33]) meint, eine spätere Entscheidung des Reichsgerichts[34]) neuerdings wieder entgegen, denn dort ist nur ausgeführt, daß sich der Verkäufer auch darauf beschränken könne, von seinem vertragsmäßigen Rückforderungsrecht Gebrauch zu machen, ohne vom Vertrag zurückzutreten, und daß in solchem Falle der Käufer weder die Rückerstattung der geleisteten Teilzahlungen verlangen noch den Kaufgegenstand bis zur Rückerstattung zurückbehalten dürfe.

4. Die Entscheidung der Frage, wann nun ein „Zurückfordern" der Kaufsache anzunehmen ist, ist Tatfrage und dem Einzelfall zu überlassen. Ein besonders wichtiger Einzelfall ist der der Pfändung der Kaufsache durch den Vorbehaltsverkäufer selber. Jedoch von einem „Zurückfordern" kann hier nicht gesprochen werden, weil ja hier das Bestreben des Verkäufers nicht darauf gerichtet ist, die Kaufsache für sich zurückzuerlangen. Infolgedessen kann auch, ganz abgesehen davon, daß die Pfändung wegen eines anderen als des Kaufpreisanspruches erfolgen kann, nicht gesagt werden, in der Pfändung sei ein Rücktritt zu erblicken. Dies gilt gleichermaßen in Fällen, in denen das Abzahlungsgesetz anzuwenden ist[35]). Diese Auffassung verstößt auch nicht gegen den Zweck des Abzahlungsgesetzes. Dieses will nur verhindern, daß der Verkäufer die Sache an sich zieht und außerdem noch Zahlung des gesamten Kaufpreises fordert[36]). Derselbe Zweck muß billigerweise auch für den Eigentumsvorbehalt überhaupt gelten, wenngleich er in § 455 nicht deutlich ausgesprochen ist. Es ergibt sich aber dies aus den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts.

5. Praktisch hat die gefundene Lösung[37]) vielfache Vorzüge. Einmal entspricht sie so dem § 5 des Abzahlungsgesetzes (dort ist sie allerdings zwingend, während sie bei § 455 es nicht ist), zum anderen und vor allem schafft sie aber klare Verhältnisse. Wollte man nämlich trotz der Rückforderung den Kaufvertrag aufrecht erhalten wissen, so wäre es z. B. möglich, daß der Verkäufer die Sache und Anzahlungen erhält, der Käufer aber außer Stande ist, den Rest vollends zu zahlen. Ein Recht, etwa den Wert der Sache übersteigende Anzahlungen während der Existenz des Kaufvertrages zurückzufordern, könnte dem Käufer nicht zuerkannt werden, da er ja sogar noch zu weiteren Zahlungen verpflichtet ist. Andererseits bestünde für den Verkäufer keine Pflicht, vom Kaufvertrag zurückzutreten, aber auch keine Möglichkeit, ohne sich etwa Schadensersatzansprüche zuzuziehen, über die Sache anderweitig zu verfügen. Ein höchst unerfreuliches Ergebnis! Rühl[38]) und auch das Reichsgericht[39]) wollen dem Käufer in solchem Falle einen Bereicherungsanspruch gegen den Verkäufer geben. Aber worauf sollte dieser begründet werden? Dieses Problem, auf das im Rahmen dieser Arbeit nicht näher ein-

---

[33]) S. 21.

[34]) In Warneyer 29, 4 (Urteil vom 19. 10. 28).

[35]) So im Ergebnis Rühl S. 262; Etzold S. 112; O.L.G. Stuttgart Württ. Jahrb. 18, 173 (1905); Landgericht Mainz, Hess. Rechtsspr. Band 1 S. 62 (1900); O.L.G. 27, 174 (Celle 1913); O.L.G. Düsseldorf in J.W. 29, 3193; Michaelis (Abzahlungsgeschäfte, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, I. Band Berlin und Leipzig 1926 S. 45 ff. S. 49); Düringer-Hachenburg II Anm. 135 vor § 368; Breit (Abzahlungsgesetz) § 5 Bem. II 4; Caspari S. 66; Kaufmann Gruch. 53, 347; Püschel (Die Zwangsvollstreckung der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen durch den Abzahlungsverkäufer und ihre Wirkungen): L.Z. 1914, 1785 ff.). — A. M. Enneccerus § 341 II 1b; Staub § 382 Anh. Anm. 74; Hörle S. 193 (Abzahlungsgeschäfte, Gruch. 55, 177 ff.); Lazarus S. 56. (Das Recht des Abzahlungsgeschäftes, Berlin 1898); Hofmann-Wilke zu § 5, 2 (das Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte. 3. Auflg., Berlin 1910).

Näheres über die Pfändung der Kaufsache durch den Vorbehaltsverkäufer unter den §§ 9 und 10.

[36]) Vgl. Caspari S. 66; Recht 05 S. 285 Nr. 1393 (O.L.G. Stuttgart); Warneyer, Jahrb. d. Entsch. 1905, zu § 5 des Abzahlungsgesetzes; O.L.G. Stuttgart württ. Jahrb. 18, 172 (1905).

[37]) Entgegen Rühl S. 257.

[38]) S. 258.

[39]) Band 7, 151; 67; 386; J.W. 07 S. 315 Nr. 18.

gegangen werden kann, wurde schon von mehreren Schriftstellern erörtert[40]).

6. Wie schon angedeutet wurde, ist es, nach dem das BGB. beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit, freilich möglich, daß die Parteien ein von dem Rücktritt unabhängiges persönliches Rückforderungsrecht vereinbaren[41]). Allein dies müßte dann in besonderer Weise geschehen. Generell kann auf das Vorhandensein eines solchen keineswegs geschlossen werden, da ja der Kauf unter Eigentumsvorbehalt im Sinne des § 455 als solcher dem Verkäufer schon genügend Sicherheiten im Vergleiche zum gewöhnlichen Kauf bieten soll und für den Zweifelsfall vom Gesetzgeber eine ganz bestimmte Normierung empfangen hat. Daher geht es nicht an, so wie Rühl[42]) es tut, in den Kauf unter Eigentumsvorbehalt ein „meist' auf dem Kausalverhältnis noch besonders beruhendes persönliches Rückforderungsrecht allgemein hineinzuinterpretieren. Aber auch Jaffe[43]) kann aus dem gleichen Grunde nicht gefolgt werden, wenn er dem Verkäufer unter analoger Anwendung des § 321 besondere Rückforderungsmöglichkeiten vor dem Ausfall der Bedingung dann gewähren will, wenn die Rückforderung aus Sicherungsgründen dringend notwendig sei und der Verkäufer nicht stillschweigend erklärt habe, daß die gefahrbringenden Umstände nach seiner Ansicht nicht so gefährlich seien, um eine Rückforderung der Sache für ihn wünschenswert zu machen. Solche gefahrbringenden Umstände will Jaffe in schlechten Vermögensverhältnissen des Käufers und in der Gefährdung des Sicherungsmittels, des vorbehaltenen Eigentums selbst, erblicken. Allein gerade zur Bannung solcher Gefahren ist ja der Kauf unter Eigentumsvorbehalt anstelle eines gewöhnlichen Kaufs von allem Anfang an abgeschlossen worden! Kann der Käufer zur Unzeit nicht zahlen, so kann der Verkäufer zurücktreten und zurückfordern oder vindicieren, und ist die Sache etwa durch Zugriffe Dritter selber bedroht, so stehen dem Verkäufer gewisse noch zu besprechende Rechte zu. Überdies wäre es auch eine höchst willkürliche Angelegenheit, jeweils feststellen zu wollen, wann etwa das Eigentum des Verkäufers wirklich und tatsächlich bedroht ist. Verfehlt wäre es z. B., dem Verkäufer ein Rückforderungsrecht etwa dann zubilligen zu wollen, wenn eine Gefährdung seiner Sicherheit in Aussicht steht, ohne daß die Bedingung schon ausgefallen ist. Die Praxis erweist es täglich aufs Neue, daß gerade z. B. Zahlungseinstellung keineswegs gleichbedeutend ist mit der Unmöglichkeit zur Leistung im gegebenen Falle und daß aus der Eröffnung eines Konkursverfahrens noch nicht geschlossen werden darf, eine Erfüllung ausstehender Einzelleistungen werde bestimmt nicht erfolgen[44]). Ist der Käufer übrigens wirklich böswillig, so kann er das Eigentum und damit die Sicherheit des Vorbehaltsverkäufers trotz eines besonderen persönlichen Rückforderungsrechtes vernichten. Die Gläubiger des Käufers allein können den Verkäufer niemals, wie noch eingehend gezeigt werden wird, vollkommen seiner Sicherheit berauben! Dem Verkäufer steht übrigens nichts im Wege, sich neben der dinglichen Sicherung durch den Vorbehalt des Eigentums auch noch obligatorisch durch selbstschuldnerische Bürgschaftsübernahme eines Dritten zu sichern[45]).

III.

1. Statt vom Vertrag zurückzutreten, kann der Verkäufer vom Käufer auch Erfüllung d. h. Zahlung nach § 433 oder Schadensersatz wegen Nicht-

[40]) Vgl. Jaffe S. 68 ff. und die dort angegebene Für- und Wider-Literatur.

[41]) Alsdann könnte der Verkäufer, wenn dies der Inhalt der Vereinbarung wäre, die Sache im Verzugsfalle etwa zurückfordern, ohne dadurch den Kaufvertrag aufzuheben. Das Besitzrecht des Käufers wäre dann auch mit dieser Rückforderung beendet. Einer rei vindicatio, die übrigens beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt eine, wie noch zu zeigen sein wird, nur untergeordnete Rolle spielt, stünde alsdann natürlicherweise gleichfalls nichts im Wege und sie würde in solchem Falle auch nicht eine Rücktrittserklärung in sich schließen.

[42]) S. 256.

[43]) S. 32 bis 37; vgl. hierzu auch Bendix J.W. 1930, 1361 (links unten).

[44]) So Weinhausen S. 23/24. — Anders ist die Situation, wenn der Verkäufer im Konkursfalle die Kaufsache zur Verwertung vom Käufer herausverlangt. (Vgl. unten § 8 am Ende).

[45]) So das Reichsgericht in Seuff. Arch. 75, 161 (1919) = Band 89, 195.

erfüllung gegebenenfalls verlangen. Das Recht auf Zahlung hat der Verkäufer auch dann, wenn die Kaufsache während der Schwebezeit zufällig untergegangen oder verschlechtert worden sein sollte, da ja, wie gesagt, mit der Übergabe der Kaufsache an den Käufer die Gefahr auf diesen übergeht und der Verkäufer überdies mit der Übergabe und bedingten Einigung nach der hier vertretenen Leistungshandlungstheorie schon geleistet hat. Soferne der Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf § 325 gestützt wird, ist § 279 zu beachten. Eine Fristsetzung ist hier vom Gesetz nicht vorgesehen[46]). Wohl aber wird eine Fristsetzung gegebenenfalls notwendig werden, wenn der § 326 ins Feld geführt wird. Das dürfte daraus geschlossen werden, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung in § 455 nicht erwähnt worden ist, zudem aber auch eine ganz andere Bedeutung als der Rücktritt hat.

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß der Vorbehaltsverkäufer Rechte aus 320 Abs. 1 grundsätzlich nicht hat. Denn beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist der Verkäufer zur Vorleistung verpflichtet. Seine Vorleistung (und zugleich auch Hauptleistung) besteht darin, daß er in Erfüllung des Kaufvertrags dem Käufer die Sache übergibt und mit diesem eine aufschiebend bedingte Einigung abschließt[47]). Müßte der Käufer sofort bezw. Zug um Zug den Kaufpreis entrichten, so wäre ein Vorbehaltskauf gar nicht nötig. Da aber die bezeichnete Vorleistung des Vorbehaltsverkäufers nach der Leistungshandlungstheorie zugleich seine Leistung überhaupt darstellt, er also zu sonst nichts mehr verpflichtet ist, können andererseits Rechte *gegen* den Verkäufer auch nicht aus § 320 Abs. 2 hergeleitet werden. Dies muß auch dann gelten, wenn z. B. mehrere Sachen zu einem Gesamtpreis unter Eigentumsvorbehalt verkauft worden sind und der Käufer den Kaufpreis bis auf einen geringen Rest bezahlt hat[48]).

2. § 6.

Die dingliche Rechtsstellung des Vorbehaltsverkäufers im allgemeinen.

I.

1. Die dingliche Rechtsstellung des Verkäufers beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt wurzelt darin, daß er im Normalfall Eigentümer der Kaufsache bis zum Eintritt der Bedingung, der Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer, bleibt. Klar ist, daß durch Teilzahlung nicht teilweise Eigentum übergeht, soferne freilich nicht eine besondere Abrede etwas anderes festlegt und der teilweise Übergang überhaupt möglich ist. Dies ist dem Wortlaut des § 455 zu entnehmen: denn dieser besagt, daß die Übertragung des Eigentums im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung *vollständiger* Zahlung des Kaufpreises geschieht. Dies gilt nicht nur, wenn eine Sache, sondern auch dann, wenn mehrere Sachen, z. B. ein Warenlager, unter Eigentumsvorbehalt verkauft werden. In solchem Falle haben die einzelnen Teilzahlungen lediglich die Bedeutung, daß durch sie der Kaufpreis für jede der verkauften Sachen nur zu einem auf sie entfallenden *verhältnismäßigen* Teile gedeckt wird[1]).

2. a) Gleichwohl gibt es Fälle, in denen der Verkäufer das Eigentum an der Kaufsache schon vor vollständiger Zahlung des Kaufpreises verliert. Dies trifft zu, soferne das Eigentum an verbrauchbaren Sachen im Sinne des § 92 Abs. 1 vorbehalten worden ist, mit dem Verbrauch oder der Veräußerung dieser Sachen durch den Käufer[2]). Es muß sich letzterenfalles aber —

---

[46]) Von dem etwaigen Vorliegen einer teilweisen Unmöglichkeit hierbei wird später noch die Rede sein.

Zu der Frage, ob der Verkäufer auch *trotz Rücktritts* noch Schadensersatzansprüche, aber keinen solchen wegen Nichterfüllung, haben kann, vgl. den Aufsatz von *Stoll* in Arch. Ziv. Prax. 131 S. 141—185.

[47]) So auch Etzold S. 36; K.G. in O.L.G. 26, 57 (1912) und v. Tuhr II 2, 319 Anm. 40.

[48]) Ebenso Etzold S. 36 und 37. — A. M. Brecht S. 296 ff.

[1]) So richtig das Reichsgericht in Recht 09 Nr. 650; Gruch. 53, 954.

[2]) So das Reichsgericht in Warneyer's Rechtssprechung 1909 Nr. 198 = Recht 09 Nr. 651; O.L.G. 1, 243 (Karlsruhe); Seuff. Arch. 69, 389 (Rostock);

abgesehen von § 932 und § 366 H.G.B. — um Sachen handeln, deren Bestimmung in der Veräußerung direkt liegt. Alsdann ist mit Hilfe der §§ 133, 157, — § 455 ist ja im ganzen nur eine Auslegungsregel — anzunehmen, daß der Verkäufer von vornherein mit der Beschränkung seines Eigentumsvorbehaltes einverstanden gewesen ist, also eine Einwilligung im Sinne des § 185 vorgelegen hat[3]). Diese Annahme ist keineswegs unbillig, da ja der Verkäufer gegen Zugriffe Dritter bis zur Veräußerung geschützt ist. Der Eigentumsvorbehalt wird in solchen Fällen, so muß gefolgert werden, überhaupt nur zu diesem Sicherungszweck geschlossen, da er sonst keinen vernünftigen Sinn hätte. Häufig wird durch die Veräußerung der Käufer auch erst in die Lage gesetzt, den Verkäufer durch Zahlung des Kaufpreises zu befriedigen. Bei dem Vorbehalt des Eigentums z. B. an einem Warenlager geht es daher entgegen dem Reichsgericht[4]) nicht an, noch eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer über die Ermächtigung zu Einzelveräußerungen aus dem Warenlager vor Kaufpreiszahlung zu verlangen[5]). Schon infolgedessen hat der Verkäufer aber auch nicht gegen den Käufer, wie Behrens meint[6]), an Stelle des unwirksam gewordenen Eigentumsvorbehalts in solchen Fällen einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, geschweige denn eine Klage aus § 823, und strafrechtlich macht sich der Käufer nicht einer Unterschlagung oder unter Umständen eines Betruges schuldig. Dies muß entsprechend auch für solche Sachen gelten, deren Gebrauch notwendig zum Verbrauch führt.

b) Verwandt mit dem Untergang des Eigentumsvorbehalts und damit des Eigentums durch Verbrauch und Veräußerung ist derjenige, der durch Verbindung, Vermischung und Verarbeitung, §§ 946 ff., herbeigeführt wird. Praktisch wird wohl der Eigentumsverlust infolge Vermischung im Vergleiche zu dem, der durch Verarbeitung und insbesondere durch Verbindung eintritt, die geringere Rolle spielen. Wichtig — hier allerdings nur im Innen-Verhältnis — sind bei einem derartigen Eigentumsverlust ebenfalls solche Umstände, die den Verlust mit Wahrscheinlichkeit oder Sicherheit voraussehen ließen. Denn bei der Lieferung z. B. von Rohstoffen oder schwereren Maschinen muß, auch innerhalb des Rahmens eines ordnungsmäßigen Geschäftsbetriebes, damit gerechnet werden, daß die betreffenden Sachen vom Käufer gegebenenfalls schon vor der Bezahlung verarbeitet bezw. mit einem Grundstück untrennbar verbunden werden. Einen Schadensersatzanspruch gemäß § 951 Abs. 2 wird man dem Verkäufer alsdann nicht zugestehen können und für einen Bereicherungsanspruch aus § 951 Abs. 1 kann beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt auch darum kein Raum sein, weil dem Verkäufer ja der Kaufpreisanspruch gemäß § 433 zusteht (solange die Schwebezeit geht). Es ist vielmehr Angelegenheit des Verkäufers, sich durch entsprechende Vertragsabreden weitergehende Sicherung zu verschaffen, die obligatorischer oder, besser, auch dinglicher Natur sein kann. Hinsichtlich der Verarbeitung kann dies in solcher Weise geschehen, daß der Käufer und Spezifikant sich dem Verkäufer und Lieferanten gegenüber verpflichtet, die Verarbeitung für diesen als sein Gehilfe vorzunehmen[7]).

O.L.G. 33, 271 (München); R.ch.R. = Komm. § 455 Anm. 2, 3; Warneyer § 455 Bem. II und Note 7; Staudinger § 455 Bem. II 1c; Staub § 382 Anhang Anm. 68a u. a. m.

[3]) Ebenso im Ergebnis: Rühl S. 40; Prinz S. 17 und 18; Bendix in J.W. 27, Cl.; O.L.G. Celle in J.W. 26, 2102; O.L.G. Kiel in Seuff. Arch. 68, 297; R.G. 115, 262.

[4]) In Recht 09 Nr. 651.

[5]) Nur Einzelveräußerungen kommen aber in Betracht, und zwar solche, die im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft geschehen sind. Die Veräußerung, z. B. eines Warenlagers im ganzen, die Sicherungsübereignung oder auch die Verpfändung desselben wird durch die Ermächtigung nicht gedeckt. Vgl. Rühl S. 41. — Natürlicherweise geht hierbei der Eigentumsvorbehalt nur insoweit unter, als veräußert wird.

[6]) S. 42.

[7]) Auf den Willen des Käufers, als Gehilfe für den Verkäufer bei der Verarbeitung tätig zu werden, kann aber, wie schon Rühl (§ 138/39) hervorhob, nicht einfach daraus geschlossen werden, weil auch das Produkt nach dem erklärten Willen beider Teile dem Verkäufer gehören soll. Denn mit der Auffassung der Beteiligten selber dürfte solche Betrachtungsweise nicht im

Alsdann geht mit der Verarbeitung der betreffenden Sache zwar der Eigentumsvorbehalt unter, der Verkäufer erlangt aber dafür Eigentum an der neuen Sache[8]). Eine restlose Klärung kann eine solche Abrede aber dann nicht erbringen, wenn, wie in der Regel, der Käufer auf den Verkauf der neu hergestellten Sache angewiesen ist, es sei denn, daß für diese Fälle zwischen den Parteien ein Kommissionsverhältnis im Sinne der §§ 383 ff. HGB. vereinbart ist. — Insoweit die Verbindung und hier insbesondere die einer gelieferten Maschine mit einem Grundstück in Frage steht, ist die Lage des Verkäufers eine noch ungünstigere. Man hat hier versucht, allerdings ohne Erfolg[9]), den Untergang des Eigentumsvorbehalts durch Vereinbarung eines Mietverhältnisses, Begründung einer Dienstbarkeit, oder Bestellung eines Erbbaurechtes zu Gunsten des Verkäufers auszugleichen[10]). Auch die Stellungnahme des Reichsgericht sin einer ganzen Reihe von Entscheidungen[11]), in denen der Begriff des wesentlichen Bestandteiles behandelt und einzuengen versucht wird, kann dem Vorbehaltsverkäufer keine genügende Sicherung gewähren; einmal um deswillen, weil in diesen Entscheidungen kein genereller Begriff des wesentlichen Bestandteiles gegeben worden ist — ein solcher ist auch unmöglich —, zum anderen darum, weil in den weitaus meisten Fällen praktisch die Tatsache eben einfach vorliegen wird, daß eine unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Sache, und hier wiederum vor allem die Maschine, mit einem Gebäude zu nicht nur vorübergehendem Zweck dergestalt fest verbunden wird, daß sie nicht davon getrennt werden kann, ohne daß die eine oder andere Sache zerstört oder in ihrem Wesen verändert wird. Will sich daher der Vorbehaltsverkäufer eine wirksame Sicherung verschaffen, so kann er das meines Erachtens am besten nur dadurch, daß er sich auf das Grundstück des Käufers eine Hypothek zur Sicherung seines Kaufpreisanspruchs bestellen läßt. Zu diesem Zwecke genügt eine Sicherungshypothek gemäß § 1184 vollauf. Allerdings wird auch eine Hypothekenbestellung nur dann einen praktischen Wert haben, wenn das Grundstück des Käufers nicht zu sehr vorbelastet ist.

Näher kann auf die interessanten Fragen der Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts bei Verkauf von zum Verbrauch und zur Veräußerung bestimmten Sachen und bei der Verbindung, Vermischung und Verarbeitung leider im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

3. Ein weiterer Fall, in dem der Verkäufer das Eigentum an der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache vor Zahlung des Kaufpreises verliert, tritt dadurch ein, daß der Käufer an einen gutgläubigen Dritten veräußert. Erwähnung wenigstens verdient hier das Zusammentreffen von Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, welches jedoch keine weiteren Besonderheiten bietet. Ist der Käufer nämlich in unmittelbarem Besitze der Kaufsache, so geht die Sicherungsübereignung im Wege der §§ 929, 930, 868, also durch Besitzkonstitut vonstatten. In diesem Falle jedoch droht dem Verkäufer keine besondere Gefahr, weil, damit der Dritte Eigentum an der Sache erlange, gemäß § 933 erforderlich wäre, daß diesem die Sache übergeben wird und er im Zeitpunkt der Übergabe noch im guten Glauben ist. In der Regel wird aber der Käufer in solchen Fällen die Sache in unmittelbarem Besitze behalten, und wenn er sie dem Dritten später je übergibt, so wird dieser bis dahin meist nicht mehr im guten Glauben sein. Dies gilt auch in Fällen des sogen. anticipierten Besitz-Konstituts. Gefährdet hingegen ist die Lage des Verkäufers dann, wenn der Käufer selbst nur mittelbarer Besitzer der Sache ist, so er z. B. die Sache in Verwahrung gegeben hat, oder wenn die unter Eigentumsvorbehalt veräußerte Sache etwa nicht an den Käufer selbst, sondern an einen Dritten, insbesondere an ein Lagerhaus geliefert worden ist. Sicherungsübereignet er alsdann die Sache durch Vindica-

---

Einklang stehen. Der erklärte Wille hat aber dann Wirkung, wenn man den § 950 als abdingbar, also als eine Bestimmung dispositiven Charakters betrachtet. Vgl. hierzu Günter Stulz in J.W. 30 2771 und K.G. J.W. 30 2798 sowie R.G.R.Komm. § 950 Bem. 2, woselbst mit Recht gesagt wird, daß der Be- oder Verarbeiter auf die an sich aus dem Gesetz sich ergebende Folge des Eigentums-Erwerbs verzichten kann.

[8]) Vgl. hierzu Rühl S. 138.

[9]) Vgl. Prinz S. 21 ff.

[10]) Vgl. hierzu insbesonders Rühl S. 143; Staudinger § 93 Anm. 5.

[11]) Zitiert bei Rühl S. 143—146 und Wagener S. 15 und 16.

tionszession nach §§ 929, 931, so wird der Erwerber zufolge § 934 schon mit der Abtretung des Anspruchs Eigentümer, soferne er z. Zt. der Abtretung in gutem Glauben ist. Der Verkäufer geht also in solchem Falle des Eigentums und damit auch des Vorbehalts daran verlustig[12]).

4. Schließlich ist noch die Frage zu prüfen, ob der Verkäufer seine dingliche Rechtsstellung durch Verjährung der Kaufpreisforderung verliert, wie nicht selten behauptet wird[13]). Gestützt wird diese Ansicht in der Hauptsache darauf, der Vorbehaltsverkäufer sei als ein Quasi-Pfandgläubiger zu betrachten, weshalb § 1252 entsprechend Platz greife. § 223 könne nicht angewandt werden, weil er voraussetze, daß der Gläubiger unmittelbaren Besitz an der haftenden Sache habe, was auf den Vorbehaltsverkäufer als Gläubiger aber nicht zutreffe. Gegen diese Auffassung wenden sich außer Rühl[14]) besonders das Landgericht I Berlin[15]), Jakobi[16]) und Oertmann[17]). Sie begründen ihre Auffassung u. a. damit, daß § 223 analog Anwendung finde. Denn es sei vom Standpunkt des deutschen Rechtes aus eine unbegründete Einschränkung, für § 223 unmittelbaren Besitz des Gläubigers an der Haftsache zu verlangen. Selbst wenn dieser Gedanke ursprünglich dem Gesetze zugrundegelegen haben sollte, würde sich die Vorschrift doch durch die Massenerscheinung der mittels Einigung und Besitzkonstitut vorgenommenen Sicherungsübereignungen, auf die man stets den § 223 Abs. 2 anwendet, inzwischen innerlich gewandelt haben. Gerade aus dem Gedanken, daß die fiduziarische Übertragung trotz Verjährung der zu sichernden Forderung bei Bestand bleiben solle (§ 223 Abs. 2), ergebe sich, daß hinsichtlich des damit eng verwandten Rechtsgebildes des Eigentumsvorbehalts dasselbe gelten müsse. Verfehlt sei es auch, § 223 Abs. 3 anwenden zu wollen, da diese Vorschrift keine Amortisationszahlungen betreffe[18]).

An und für sich ist der letzten Auffassung im Ergebnis der Vorzug zu geben. Jedoch kann § 223 Abs. 2 auf Grund ausdrücklichen Gesetzeswortlautes für den Eigentumsvorbehalt jedenfalls keine Verwertung finden. Denn der Verkäufer bleibt Eigentümer der Kaufsache bis zur Zahlung des Kaufpreises. Vielmehr muß aus § 223 Abs. 1 selber der Schluß gezogen werden, daß trotz Verjährung des Kaufpreisanspruches der Verkäufer Eigentümer bleibt und daher gegebenenfalls die Sache zurückverlangen kann[19]). Denn wenn man einem Gläubiger schon bei ihm zustehenden geringeren Rechten als Eigentum, nämlich einer Hypothek oder einem Pfandrecht an beweglicher Sache, trotz Forderungsverjährung ein Befriedigungsrecht aus der Sache gewährt, so muß dies erst recht für das stärkere Eigentumsrecht entsprechend gelten. Dies ergibt sich des näheren noch aus folgendem: Gemeinsam haben das Pfandrecht und der Eigentumsvorbehalt miteinander nur den Sicherungszweck. Bei ersterem ist Ausfluß der Sicherung gegebenenfalls die Befriedigung, bei letzterem besteht die Sicherung darin, daß die Sache dem Verkäufer bei Nichtzahlung im Eigentum erhalten bleibt. Hat nun der Pfandgläubiger trotz Forderungsverjährung gemäß § 223 Abs. 1 noch ein Befriedigungsrecht, so wohl deshalb, weil man — nach dem Willen des Gesetzes — den Sicherungszweck gleichwohl noch als vorhanden betrachtet. Infolgedessen ist das Befriedigungsrecht auch des § 223 Abs. 1 nichts anderes als eine Folge der Sicherung und liegt in § 223 Abs. 1 der Schwerpunkt nicht auf dem Befriedigungsrechte selber, sondern darauf, daß

---

[12]) So richtig Färber in D.J.Z. 1929, 1471 und Höniger J.W. 26, 2881. Unrichtig Sättler J.W. 27, 2453, insoweit er den Eigentumsvorbehalt schon dann untergehen lassen will, wenn der Schuldner (Käufer) die Kaufsache selber in unmittelbaren Besitz nimmt. — Vgl. zu dieser Frage noch bes. Rühl S. 116/117.

[13]) Landgericht Dresden J.W. 26, 725; Staudinger § 986 Anm. 2 h; Hein S. 55; Samter S. 30.

[14]) S. 85 auf 86.

[15]) K.G.Bl. 1909 S. 10.

[16]) K.G.Bl. 1915 S. 111.

[17]) J.W. 26, 725 (Anm.).

[18]) So Rühl S. 86.

[19]) So offenbar auch Geiler J.W. 30, 2902 ff. und auch Rühl (S. 85), dessen Gründe aber insoweit nicht gebilligt werden können, als sie (S. 86!) die Absätze I und II des § 223 miteinander vermengen. Um die Übertragung eines Rechtes handelt es sich in Abs. I des § 223 nicht.

der Sicherungszweck als solcher immer noch bejaht wird, obwohl die Forderung verjährt ist. Da nun aber, wie gesagt, der Eigentumsvorbehalt und das Pfandrecht gerade den Sicherungszweck, auf den es ankommt, gemeinsam haben und kein Grund besteht, ihn beim Eigentumsvorbehalt nach Verjährung der Forderung als erloschen zu betrachten, muß § 223 Abs. 1 auf den Eigentumsvorbehalt entsprechende Anwendung finden. Unerheblich ist, wie schon Rühl (S. 85/86) hervorgehoben hat, daß der Vorbehaltsverkäufer etwa nicht mehr unmittelbaren Besitz hat. Bei einem Hypothekengläubiger, der durch den § 223 Abs. I gleichermaßen geschützt ist, trifft das Vorhandensein eines solchen Besitzes am Pfandobjekt in den seltensten Fällen zu.

Aber nicht nur dessetwegen kommt man zu diesem Ergebnis, daß die Verjährung der Kaufpreisforderung die dingliche Rechtsstellung des Vorbehaltsverkäufers nicht beeinträchtigen kann. Trotz der Verjährung des Anspruchs bleibt nämlich der Kaufvertrag bestehen und der Käufer kann seinerseits immer noch erfüllen. Der Verkäufer kann also auch immer noch (wenn die Verzugsvoraussetzungen vorliegen) zurücktreten, soferne nicht § 355 zutrifft[20]), oder in dem Hinausschieben der Erklärung, von dem Rücktrittsrecht Gebrauch machen zu wollen, ein arglistiges oder illoyales Verhalten des Verkäufers zu finden ist[21]). Denn grundsätzlich ist das Rücktrittsrecht zeitlich unbeschränkt[22]). Wir haben oben gesehen, welche Bedeutung nun gerade dem Rücktritt des Verkäufers vom Kaufvertrage beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt zukommt. Will man daher den Rücktritt, der u. a. den Ausfall der Bedingung herbeiführt und dem Verkäufer erst wieder das Recht gibt, vom Käufer die Sache zurück- bezw. herauszuverlangen, nicht völlig wertlos machen, was doch keinesfalls im Sinne des Gesetzes liegen kann, so kann die Verjährung der Forderung niemals die Wirkung haben, den Eigentumsvorbehalt untergehen zu lassen. Dies gilt auch — oder vielmehr erst recht — dann, wenn man den Ausfall der Bedingung, so wie es die herrschende Meinung will, nicht erst mit dem Rücktritt sondern schon früher, mit der nicht rechtzeitigen Zahlung oder der Zahlungsunfähigkeit des Käufers, eintreten lassen will. Denn dann bliebe das Rücktrittsrecht des Verkäufers als ultima ratio immer noch bestehen und überdies wäre dem Verkäufer alsdann noch die Möglichkeit gegeben, die Kaufsache schon vor dem Rücktritt in unmittelbaren Besitz zu bekommen. Hätte aber der Verkäufer die Kaufsache in unmittelbarem Besitze, so könnte umsoweniger gesagt werden, mit der Verjährung der Kaufpreisforderung verliere er das Eigentum, soferne bloß der Käufer innerhalb der Verjährungsfrist nicht bezahlen würde.

5. Nichts zu verlieren in dinglicher Hinsicht hat der Verkäufer beim sogen. uneigentlichen Eigentumsvorbehalt[23]) und beim nachträglichen Eigentumsvorbehalt. Beide Vorbehalte haben nur obligatorische Bedeutung. Beim uneigentlichen Eigentumsvorbehalt trifft dies ohne Frage zu. Bei diesem verpflichtet sich der Käufer lediglich, die Kaufsache nicht ohne Zustimmung des Verkäufers weiter zu veräußern oder zu verpfänden, bevor der Kaufpreis bezahlt ist. Beim nachträglichen Eigentumsvorbehalt hingegen, der vereinbart wird, nachdem dem Käufer die Kaufsache schon unbedingt übereignet worden war, ist es bestritten, ob er nicht auch dingliche Wirkungen äußere. Warum er dies nicht kann, wird an gegebener Stelle (§ 7) noch zu zeigen sein.

II.

1. Wenn nun auch der Vorbehaltsverkäufer zwar Eigentümer der Kaufsache bis zur Kaufpreiszahlung im allgemeinen bleiben soll, so ist er doch schon während der Schwebezeit kein freier und ungebundener Eigentümer mehr. Dies äußert sich weniger darin, daß der Verkäufer weder (obligatorisch) nach § 455 (§§ 433 ff.) noch (dinglich) nach § 985 vom Käufer während der Schwebezeit die Sache zurück- bezw. herausverlangen kann, denn derartige

[20]) § 355 findet auch dann Anwendung, wenn das Rücktrittsrecht, wie im Falle des § 455, an eine Bedingung geknüpft ist. R.G. Recht 13 Nr. 2857; Warneyer 13 Nr. 406.

[21]) R.G. Warneyer 12 Nr. 379; Band 32, 64; 36, 87; 41, 64; Staub § 374 Anm. 147, § 376 Anm.35.

[22]) R.G. Recht 13 Nr. 2857; Warneyer 13 Nr. 406.

[23]) Vgl. hierzu besonders den Aufsatz von Ziffer in J.W. 1930, 1358 ff.

Beschränkungen treffen einen Eigentümer während einer gewissen Zeit auch bei anderen Grundgeschäften als dem Kauf unter Eigentumsvorbehalt, die, wie z. B. die Miete, Leihe etc. im Endeffekt nicht einmal einen Eigentumsübergang im Gefolge haben. Die Besonderheit, die die Gebundenheit und Unfreiheit des Eigentümers und Vorbehaltsverkäufers auch in dinglicher Hinsicht erzeugt, ist vielmehr darin zu finden, daß der Vorbehaltsverkäufer seinerseits mit der Übergabe der Sache und der bedingten Einigung alles getan hat und daher, wie nachgewiesen, den Vertrag erfüllt hat und daß es infolgedessen und nunmehr, besonders auch mit Rücksicht auf §§ 271 Abs. 2, grundsätzlich allein noch vom Käufer abhängt, wann er seinerseits durch Zahlung erfüllen und damit gemäß §§ 158, 455 Eigentum erwerben will. Es ist klar, daß der Gesetzgeber einer solchen Rechtssituation noch eine besondere, auch den Käufer dinglich schützende Regelung zuteil werden lassen mußte. Er hat diese Regelung besonders in § 161 getroffen, wo klipp und klar ausgesprochen ist, daß der Vorbehaltsverkäufer für die Zeit der Schwebe, soferne die Bedingung nachher eintritt, zu einem nichtberechtigten Veräußerer, also zu einem Nichteigentümer, in Vergleich gestellt wird. Freier Eigentümer kann der Vorbehaltsverkäufer nur dadurch wieder werden, daß die Bedingung ausfällt.

2. Über die Anwendbarkeit des § 161 auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt kann kein Zweifel bestehen. Gesagt worden ist bereits, daß auch eine Einigung ein Vertrag ist und daher unter einer Bedingung abgeschlossen werden kann. Mithin dürfte es sich nur noch darum handeln, festzustellen bezw. zu prüfen, ob der Verkäufer auch im Falle des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt im Sinne des § 455 über die Kaufsache „verfügt" hat. Dies ist aber zu bejahen. Denn da der Kauf unter Eigentumsvorbehalt im Sinne des § 455 einen allerdings modifizierten aber unbedingten Kaufvertrag und eine in Erfüllung desselben vorgenommene Übergabe der Kaufsache an den Käufer sowie eine aufschiebend bedingte Einigung voraussetzt, so liegt, soferne die Bedingung eintritt, in der Übergabe und bedingten Einigung eine Verfügung über die Kaufsache vor[24]).

3. Aber auch wenn der Vorbehaltsverkäufer in seiner Stellung als Eigentümer infolgedessen gebunden und unfrei ist, so ist er es doch in seiner Verfügungsmacht nur soweit, als diese die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung, den Eigentumsübergang, vereiteln oder beeinträchtigen würde. Daher ist es ohne weiteres zulässig, daß der Verkäufer die Kaufsache während der Schwebezeit an einen schlechtgläubigen Dritten veräußert. Dies ist jedoch nur auf einem Wege möglich. Wir haben gesehen, daß grundsätzlich während der ganzen Schwebezeit der Käufer zum Besitz der Kaufsache berechtigt ist, daß er sie also nur herauszugeben hat, wenn (und sobald) die Bedingung, und zwar allein infolge des Rücktritts des Verkäufers, ausgefallen ist. Infolgedessen kann eine Veräußerung durch den Verkäufer während der Schwebezeit in der Regel auch nur durch Vindicatiobsession gemäß § 931 (929) geschehen. Dies hat einen großen Vorteil. Denn, den Fall gesetzt, der Dritterwerber wüßte nichts von dem Anwartschaftsrecht des Käufers, wäre also gutgläubig, so würde er trotz späteren Eintritts der Bedingung nach § 934 mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs freier Eigentümer, soferne der Verkäufer mittelbarer Besitzer wäre. Dies ist der Verkäufer aber nicht, wie in § 7 dargelegt werden wird. Hierdurch wird das früher gefundene Ergebnis, wonach allein der Rücktritt den Ausfall der Bedingung und ein Rückforderungsrecht des Verkäufers erzeugt, außer durch den bereits dargelegten praktischen und sehr wünschenswerten Umstand einer Verbundenheit obligatiorischer und dinglicher Rechtsbeziehungen noch taktisch gerechtfertigt, und, um es vorweg zu nehmen, auch dasjenige, daß der Vorbehaltsverkäufer keinen mittelbaren Besitz an der Kaufsache hat.

4. a) Veräußert der Vorbehaltsverkäufer während der Schwebezeit die Kaufsache in der dargestellten Weise an einen Dritten, so kann, wenn keine Vereinbarung vorliegt, darüber kein Zweifel obwalten, daß er nach wie vor den Anspruch auf Kaufpreiszahlung gegen den Käufer aus dem Kaufvertrag hat. Die Veräußerung schließt also nicht notwendig eine Abtretung des obligatorischen Kaufpreisanspruchs zugleich in sich. Fraglicher ist dies im umgekehrten Falle, wenn der Vorbehaltsverkäufer die Forderung auf den

[24]) So z. B. auch Löwenwarter I S. 245. — Zu dem Begriff der Verfügung vgl. z .B. Oertmann I Vorbem. 7 vor § 104.

Kaufpreis an einen Dritten abtritt, da doch der Eigentumsvorbehalt gerade zur Sicherung der Kaufpreisforderung dient. Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, ob man den § 401 analog anwenden, oder ob man etwa wenn auch nur im Wege einer ergänzenden Auslegung aus dem Abtretungsgeschäft gewisse, den Willen der Parteien gegebenenfalls auch in Bezug auf den Eigentumsvorbehalt beherrschende Schlüsse ableiten will. Die letztere Ansicht vertritt Rühl[25]) und ihm folgt auch Geiler[26]), wenn er sagt, dann, wenn eine besondere Abrede (daß nämlich das vorbehaltene Eigentum mit der Forderungsabtretung nicht auf den Zessionar übergehen soll) fehle, sei anzunehmen, daß in der Abtretung der Forderung zugleich eine (durch Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruchs erfolgende) Übertragung des vorbehaltenen Eigentums liege; § 401 sei nicht, auch nicht analog, anzuwenden, da es sich beim Eigentumsvorbehalt nicht um ein verdecktes Pfandrecht[27]) handle. Dieser Ansicht Rühls und Geilers kommt die Meinung von Enneccerus[28]) gleich. Dieser setzt sich zwar nur mit der Sicherungsübereignung auseinander, da aber diese einen ähnlichen Sicherungszweck wie der Eigentumsvorbehalt hat und ebenfalls fiduciarischen Charakters ist (vgl. § 8), beanspruchen seine Worte insoweit sicherlich auch für den Eigentumsvorbehalt Geltung, als er sagt, ein Analogieschluß aus § 401 sei bei fiduziarisch übertragenen Rechten unzulässig. — Weiter hingegen geht das Reichsgericht[29]), das hier zwar desgleichen nur zur Sicherung der Forderung fiduziarisch übertragene Rechte im Auge hat, aus dem gleichen eben schon gesagten Grunde mit seiner Ansicht aber auch für den Eigentumsvorbehalt in Betracht kommt, was durch eine Reihe weiterer Entscheidungen[30]), die sich auf den Eigentumsvorbehalt direkt beziehen, bestätigt wird. Diese Ansicht des Reichsgerichts besagt nun, § 401 sei analog anzuwenden. Sie schränkt aber den Analogieschluß dahin ein, daß der Zedent regelmäßig nur verpflichtet sei, die ihm zur Sicherung der Forderung übertragenen Rechte auf den Zessionar zu übertragen. Wäre dies richtig, so entspräche dieser (besonderen) Pflicht des Vorbehaltsverkäufers auch ein besonderer Eigentumsübertragungsakt[31]).

Schließlich fehlt es aber auch nicht an Meinungen, die den § 401 mit unmittelbarer Wirkung auch für den Eigentumsvorbehalt gelten lassen wollen. Unter ihnen ist insbesondere diejenige Schlotters[32]) hervorzuheben. Dieser führt aus, § 401 sei in der Weise auszulegen, daß auf den Zessionar nicht nur Bürgschaften und Pfandrechte, sondern alle zur Sicherung der Forderung dienenden Nebenrechte übergehen. Ein solches Nebenrecht sei auch der Eigentumsvorbehalt. Daher gehe er nach § 401 auf den Zessionar über. Im gleichen Sinne äußert sich des weiteren Reichel[33]), indem er sagt, der Zessionar erwerbe auch den sicherungsweise übereigneten Gegenstand (und daher auch die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache) ohne weiteres, kraft eines vom Gesetze unterstellten Abkommens im Sinne der §§ 931, 398[34]).

In der Begründung ist nun meines Erachtens der Ansicht Schlotters und Reichels beizutreten. Die Gründe hierfür sind dieselben, die schon die Anwendbarkeit des § 223 Abs. 1 auch für den Eigentumsvorbehalt bejaht haben. Denn die Bestimmung des § 401 ist wie die des § 223 Abs. 1 nichts anderes, als eine dem dem Pfandrecht wie dem Eigentumsvorbehalt gleichermaßen innewohnenden Sicherungszwecke entspringende Vorschrift. Daß die Realisierung dieser Sicherheit beim Eigentumsvorbehalt von der beim Pfandrecht verschieden ist, ist nicht von Bedeutung. Denn hier wie dort ist sie nichts als der bloße Ausfluß der Sicherung und die verschiedene Art ihrer

---

[25]) S. 83.

[26]) J.W. 30, 2901 ff. (2902).

[27]) Vgl. hierzu O.L.G. Posen Seuff. Arch. 66 Nr. 211; O.L.G. Hamburg Recht 10 Nr. 2796; O.L.G. Rostock Meckl.Z. 26, 16.

[28]) § 303 Anm. 20.

[29]) In Band 82, 27; 89, 195 und 91, 277.

[30]) Band 65, 418 und J.W. 07, 170 und 746.

[31]) Dies wird auch angenommen von R.G. 89, 195; O.L.G. Posen Seuff. Arch. 66, 409; O.L.G. Stuttgart Recht 13 Nr. 329.

[32]) In L.Z. 1911 S. 49 auf 50.

[33]) S. 455.

[34]) Vgl. zu diesen Fragen auch Lehmann S. 68; R.G. 65, 418; R.G. J.W. 07, 170, 746.

Nutzbarmachung entspricht lediglich der insoweitig verschiedenen Eigenart der beiden Rechtsinstitute. Infolgedessen ist § 401 unmittelbar auch für den Eigentumsvorbehalt verwendbar, sodaß also der Vorbehaltsverkäufer mit der Abtretung der Forderung zu gleich das Eigentum an der Kaufsache an den Zessionar kraft Gesetzes verliert, welches eine von den Parteien nach §§ 929. 931 vorgenommene Übereignung unterstellt. — Also nicht deswegen soll § 401 verwendbar sein, weil, wie Rühl [35]) meint, es sich alsdann beim Eigentumsvorbehalt um ein verdecktes Pfandrecht handle, was abgelehnt werden müsse. Der Eigentumsvorbehalt ist auch meines Erachtens durchaus kein verdecktes Pfandrecht. Was er aber mit dem Pfandrecht gemein hat — und nur das hat er mit ihm gemein —, ist zur Genüge schon gesagt. Ebenso dies, daß gerade diesem gemeinsamen Moment, nämlich dem Sicherungszweck, der § 401 entsprungen ist. Generell kann daher noch gesagt werden, daß alle Vorschriften, die das Pfandrecht betreffen, insoweit auch für den Eigentumsvorbehalt analog gelten, als sie lediglich der Sicherung dienen und außerdem, bei vernünftiger Auslegung, der besonderen Art des Eigentumsvorbehalts gerecht werden.

Infolgedessen kann nicht, wie Rühl es tut, gefolgert werden, daß auch deshalb, weil es überdies für das Eigentum an einer den §§ 1153, 1250 entsprechenden Vorschrift fehle, § 401 nicht analog auf den Eigentumsvorbehalt angewandt werden könne. Vielmehr ist gerade umgekehrt zu sagen, daß auch § 1250 (nicht aber § 1153) auf den Eigentumsvorbehalt in dem erwähnten generellen Rahmen analog anzuwenden ist. Nicht in Betracht kommen kann § 1135, da Hypotheken nur an Immobilien bestellt werden können, der Eigentumsvorbehalt aber nur an beweglichen Sachen zulässig ist. Ebenso hat für den Eigentumsvorbehalt § 1250 Abs. 1 Satz 2 auszuscheiden. Denn diese Vorschrift, wonach das Pfandrecht nicht ohne die Forderung übertragen werden kann, ist nicht dem Sicherungszweck entsprungen. Infolgedessen ist es, wie schon erwähnt, durchaus zulässig, daß der Vorbehaltsverkäufer das Eigentum an der Kaufsache ohne die Kaufpreisforderung auf dem regelmäßig allein möglichen Wege über §§ 931, 929 überträgt. Zahlt der Käufer nunmehr an den Verkäufer, so wird er gemäß § 161 gleichwohl Eigentümer und kann seine Rechte gegebenenfalls durch § 985 wahren. (Nach der oben vertretenen Ansicht wird das allerdings höchst selten nur erforderlich werden). Hingegen dürfte es, wie auch Rühl (S. 83) annimmt, möglich sein, bei der Übertragung der Kaufpreisforderung durch Vereinbarung den Eigentumsübergang in der Weise auszuschließen, daß das Eigentum bis zur Kaufpreiszahlung beim Verkäufer bleibt [36]).

b) In konsequenter Durchführung der bisherigen Darlegungen kann nun aber nicht gesagt werden, der Eigentumsvorbehalt erlösche infolge einer im Verlauf eines etwa zwischen Verkäufer und Käufer bestehenden Kontokorrentverkehrs erfolgenden Saldoanerkennung von seiten des Käufers. Denn obzwar nun auch in § 356 HGB. der Eigentumsvorbehalt nicht ausdrücklich aufgeführt ist, so steht doch seiner sinngemäßen Anwendung auf den Eigentumsvorbehalt seinem aus seiner Fassung sich ergebenden Zweck nichts entgegen. Dieser Zweck wird aber gerade dadurch ersichtlich, daß das Gesetz ausdrücklich von Forderungen spricht, welche durch Pfand, Bürgschaft oder auch in anderer Weise gesichert sind. Mithin — und dies ist auch der Standpunkt der herrschenden Lehre — kommen außer Pfandrecht und Bürgschaft auch andere Rechte für die Anwendung des § 356 HGB. in Betracht, die gleich wie diese den Charakter von Sicherungsrechten haben. Zu solchen Rechten werden z. B. das Retentionsrecht [37]), das Absonderungsrecht im Sinne des § 51 KO. [38]) und insbesondere die Sicherungsübereignung [39]) gezählt. Alle diese Rechte haben mit dem Pfandrecht und der Bürg-

[35]) S. 83.

[36]) Was von der Abtretung im Sinne der §§ 398 ff. gesagt wurde, gilt entsprechend auch dann, wenn eine Übertragung kraft Gesetzes, etwa gemäß § 774, eintritt. Da aber Eigentum nicht teilweise übergehen kann, erwirbt der Bürge das durch den Eigentumsvorbehalt gebundene Eigentum erst mit voller Bezahlung des Kaufpreises.

[37]) R.G. 82, 404.

[38]) Düringer-Hachenburg § 356 Anm. 4, aber erst in neuester Auflage, die demnächst erscheinen wird.

[39]) So besonders Düringer-Hachenburg a. a. O.

schaft zweifellos den Sicherungszweck gemeinsam. Mit Recht wird daher die Anwendbarkeit des § 356 HGB. auf sie bejaht. Demselben Sicherungszweck dient aber vor allem auch der Eigentumsvorbehalt! Nichts als der Schluß liegt daher in diesem Zusammenhange näher, auch auf ihn den § 356 HGB. sinngemäß anzuwenden[40]).

3. Die Besitzgestaltung während der Schwebezeit. — Der Einfluß derselben auf die Rechtsstellung des Vorbehaltsverkäufers im Konkurs und bei der Zwangsvollstreckung in die Kaufsache.

§ 7.

I. Die Besitzgestaltung.

Streit herrscht darüber, ob der Vorbehaltsverkäufer während der Schwebezeit — bis zum Ausfall der Bedingung durch Erklärung des Rücktritts oder bis zum Eintritt der Bedingung durch Zahlung — mittelbarer Besitzer der Kaufsache ist und ob der Käufer während der nämlichen Zeit Eigenbesitzer derselben wird.

I.

1. Maßgebend für die Entscheidung der ersten Frage ist § 868.

Es frägt sich demnach, ob die Begriffsmerkmale des mittelbaren Besitzes im Sinne dieses Paragraphen auch auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt nach § 455 Anwendung finden können. Bejahendenfalles wäre der Verkäufer alsdann auch nach Übergabe der Sache an den Käufer noch mittelbarer Besitzer.

Ohne allen Zweifel trifft das erste Merkmal, wonach das betreffende Verhältnis den unmittelbaren Besitzer gegenüber dem anderen zum Besitze berechtigen muß, auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt zu. Denn auf Grund des obligatorischen Kaufgeschäfts ist, wie wir gesehen haben, der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer Besitz an der Sache zu verschaffen. Dieser Pflicht des Verkäufers entspricht das Recht des Käufers auf und zum Besitz. Schon fraglicher jedoch ist es, ob auch das zweite Merkmal der Berechtigung auf Zeit gegeben ist. Von der herrschenden Meinung[1]) wird dies jedoch mit Recht angenommen. Denn insoweit ist der von ihr eingenommene Standpunkt, daß auch nur die Möglichkeit eines Herausgabeanspruches genüge, zumindest objektiv richtig. Noch weiter gehen — richtigerweise — Kemperdick, Rühl, Jaffe und vor allem Thiesing[2]), indem sie sagen, das Besitzrecht des Käufers endige auch dann, wenn die Bedingung *eintrete*, weil es nunmehr auf einer anderen Grundlage beruhe und nicht mehr gegenüber dem bisherigen Vorbehalts-Eigentümer bestehe[3]). Als *nicht* vorliegend muß aber entgegen der

---

[40]) So bes. Geiler J.W. 30, 2901 ff. und Düringer-Hachenburg a. a. O. — A. M. Ein Urteil des O.L.G. Düsseldorf vom 15. 3. 29 (erwähnt von Geiler). Das Reichsgericht hat sich mit dieser Frage bis jetzt noch nicht befaßt. — Über die Frage des Rechtscharakters der Saldo-Anerkennung und des Erlöschens des Eigentumsvorbehaltes durch Zahlung (des Kaufpreisrestes oder des Saldos) vgl. die durchweg zu billigenden Ausführungen von Geiler a. a. O.

[1]) Vgl. H. Müller S. 35 *Anm.* 1 und Brinckmann S. 41 *Anm.* 2.

[2]) S. 14 bezw. 104 bezw. 57 bezw. 244.

[3]) A. M. Planck § 868 Bem. 2 b, welcher glaubt, eine zeitliche Berechtigung sei nicht vorhanden, weil der Käufer beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt für den Normalfall pünktlicher Zahlung und somit für immer zum Besitz berechtigt sei. Ihm folgen Stein-Jonas § 804 II b; Kretschmar § 868 Bem. 2 c; Crome III S. 31; Endemann II § 32 Anm. 5; Gierke § 114 Anm. 39; Kreß S. 139 Anm. 569 und Müller S. 35 ff. Allein diese Autoren vermengen das zweite und das dritte Erfordernis, weil sie übersehen, daß das dritte Erfordernis der bestimmungsgemäßen Rückkehr (so bes. Thiesing S. 225 ff., Kemperdick S. 11 ff., Biermann § 868 Bem. 1; Endemann § 32 I b; Planck § 868 Bem. 2 b; Rummler S. 38; Brinkmann S. 44; Strauß S. 19; Hupet S. 36), welches das der Ähnlichkeit i. S. des § 868 und den zuletzt zitierten Autoren vermittelt, von dem der Berechtigung auf Zeit unabhängig ist.

herrschenden Lehre beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt das dritte Merkmal, nämlich das der Ähnlichkeit des Kaufvertragsverhältnisses mit den in § 868 genannten Verhältnissen, erachtet werden. Denn diese Beispiele tragen alle die Tendenz der bestimmungsgemäßen Rückkehr der Sache zum Eigentümer in sich, während, um mit Thiesing[4]) zu sprechen, es sich beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt um ein Veräußerungsgeschäft handelt, mithin um ein Geschäft, dessen juristische Natur darin besteht, die Sache in das Eigentum des Erwerbers zu überführen und sie damit definitiv der Machtsphäre des Veräußerers zu entziehen. Hierdurch ergibt sich ein klarer Gegensatz zu den Verhältnissen des § 868. Der Vorbehaltsverkäufer kann also niemals mehr nach zur Erfüllung des Kaufvertrags gem. §§ 433, 929 Satz 1 erfolgter Übergabe mittelbarer Besitzer der Kaufsache sein[5]). Ist der Käufer schon im Besitze der Sache, so verliert der Verkäufer den mittelbaren Besitz allein auf Grund der bedingten Einigung. § 929 Satz 2.

Das gefundene Ergebnis bleibt auch richtig, wenn man die sogen. subjektive Theorie[6]) für den Kauf unter Eigentumsvorbehalt verwerten wollte. Diese Theorie stützt sich auf das Wort „als" im § 868. Demnach legt sie dem Willen des Sachempfängers den entscheidenden Wert bei und nach ihr muß es zur Erzeugung eines Besitzmittlerverhältnisses genügen, daß der unmittelbare Besitzer sein Besitzrecht dem Eigentümer gegenüber „als" Nießbraucher etc. oder in einem ähnlichen Verhältnisse wertet, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Konsequenterweise müßte also auch ein Putativverhältnis ausreichen[7]). Allein in der Regel besitzt der Sachempfänger beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt ohne Zweifel „als Käufer". Alsdann ist aber das Merkmal der Ähnlichkeit nicht vorhanden, da ja bei einem Kaufvertragsverhältnis entgegen dem in § 868 aufgezählten das Moment der bestimmungsgemäßen Rückkehr der Sache fehlt. Es erübrigt sich daher, des weiteren und näheren die Begründetheit der subjektiven Theorie überhaupt zu untersuchen, die ihr meines Erachtens ermangelt, wenn man sie nicht nur dahin bestimmt, daß es auf den Willen beider Parteien ankommen muß[8]). Alsdann ist die Möglichkeit immer noch gegeben, ein Besitzmittlerverhältnis im Sinne des § 868 zu schaffen, auch wenn, wie beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, an sich und ohne einen anders gerichteten Willen der Parteien ein solches nicht zustandekommen würde.

[4]) S. 249 ff.

[5]) Ebenso wie hier: Thiesing S. 249 ff., Kemperdick S. 15 ff.; Brinkmann S. 41 ff.; Weiße S. 58; Guyet S. 36; Börger S. 14; Biermann § 868 Anm. 1. Im Ergebnis ebenso Müller S. 37 auf 39; Planck § 868 Anm. 2 b; Crome § 344 Anm. 21, 36; Gierke § 114 Anm. 39; Kreß S. 139 Anm. 5, 6, 9 sowie S. 192 ff. und S. 196 ff.; Kretzschmar S. 38 Bem. 2 c (§ 868); Gärtner S. 151; Löpert S. 56; Frey S. 39. — A. M. die herrschende Lehre. Vgl. z. B. R.G. Band 64, 337; 49, 170; 54, 396; 69, 45; 95, 105; R.G. J.W. 13, 492; O.L.G. Düsseldorf (im Rhein. Arch. 108, 145 ff.), von Tuhr II 2, 297 Anm. 37; Windscheid-Kipp I, 797; Wiese S. 35 und 40; Rosenberg II § 868 Anm. 2 b; Wolff § 8 I 1 b, c; Rühl S. 104; Behrens S. 38; Dernburg III § 102 Anm. 1; Pöschel S. 24; Staudinger III § 868 III 2 h; Strohal a. a. O.; Jaffe S. 57 ff. Staub § 382 Anh. Anm. 63; Geißler J.W. 05, 521; Caspari S. 40; Kuntze S. 46 ff. und merkwürdigerweise auch Rohde S. 17 ff., indem er, S. 21 auf 22, was unerheblich wäre, falls dies je zutreffen sollte, den Ausfall, nicht aber den Eintritt der Bedingung als das Normale ansieht. Gegen Thiesing wendet sich insbesondere auch Pudor J.W. 05 Nr. 10 und a. a. O. S. 63, wo er meint, ein bestimmungsgemäßer Zweck sei auch gerade der, daß im Falle der Nichtzahlung der Besitz wieder zurückzugewähren sei. Das ist aber keinesfalls richtig; denn das Veräußerungsgeschäft enthält bestimmt nicht einen bestimmungsgemäßen Rückgewährszweck. Rückzugewähren hat der Käufer vielmehr erst, nachdem der Verkäufer vom Kaufvertrag zurückgetreten, derselbe also entkräftet ist.

[6]) U. a. und besonders vertreten von Cosack II S. 90; Endemann § 31; Planck § 868 Anm. 4 b und Przibilla J.W. 08, 395 ff.

[7]) Dieser Schluß wird von verschiedenen Autoren gezogen; Vgl. Wiese S. 38 und die von ihm daselbst unter Anm. 42 Genannten, von welchen besonders Planck § 868 Anm. 3 und Staudinger § 868 Anm. II 2 zu erwähnen sind.

[8]) So anscheinend auch Brinckmann S. 45.

2. Die Folgen der hier vertretenen Auffassung, nach welcher der Vorbehaltsverkäufer nicht mittelbarer Besitzer der Kaufsache ist, soferne sie dem Käufer nach § 929 übergeben worden ist, benachteiligen den Vorbehaltsverkäufer keineswegs in einer unerträglichen Weise, wie es bisweilen aus dem Grunde behauptet wird, weil ihm alsdann der possessorische Schutz aus § 869 nicht zusteht. Denn dem Verkäufer stehen ja dann immer noch insbesondere die §§ 985, 986 Abs. 1, 992 und 1004 zur Seite. Dies wird vielfach übersehen und insbesondere wird nicht beachtet, daß durch § 1004 dem Verkäufer die Möglichkeit an die Hand gegeben ist, von dem Störer die Beseitigung einer Beeinträchtigung seines Eigentums, soweit sie nicht durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes erfolgt, zu verlangen, womit dem Sicherungszweck des Eigentumsvorbehalts durchaus genügt werden kann. Ein weiteres Interesse als das der Sicherung des Eigentums an der Kaufsache bis zur Zahlung des Kaufpreises hat aber auch der Verkäufer objektiv nicht mehr. Infolgedessen muß es ihm gleichgültig sein, wie mit der Kaufsache bezüglich des bloßen Besitzes an derselben verfahren wird, soferne und soweit der in dem Eigentumsvorbehalt liegende Sicherungszweck dadurch nicht gefährdet wird.

Eine weitere Folge des Umstandes, daß der Verkäufer nicht mittelbarer Besitzer ist, ist notwendig die, daß die Vereinbarung eines nachträglichen Eigentumsvorbehalts (in der Regel) nur obligatorische, nicht aber auch dingliche Wirkungen zeitigt. Das geht daraus hervor, daß ein nachträglicher Eigentumsvorbehalt mit dinglicher Wirkung — abgesehen vom Vorhandensein der Erfordernisse, welche die eingeschränkte subjektive Theorie zur Geltung kommen lassen — nicht mehr auf dem Wege über § 930 zustandekommen kann[9]). Anders ist es freilich, wenn der Käufer, der in diesem Falle schon Volleigentümer der Sache war, diese dem Verkäufer gemäß § 929 zurückübertragt und sie alsdann von diesem wieder unter Eigentumsvorbehalt empfängt. (Näher kann hier auf diese Fragen nicht eingegangen werden). — Weitere Folgen der Ansicht, daß der Vorbehaltsverkäufer nicht mittelbarer Besitzer ist, sind auch die, daß an einem Prozesse, den der Käufer um die Sache führt, der Verkäufer nicht als Streitgenosse gemäß § 62 CPO. teilnehmen kann, sondern nur als Nebenintervenient, § 66 CPO. Ebenso ist auch eine Streitverkündung, § 76 CPO., durch den Käufer an den Vorbehaltsverkäufer nicht möglich.

Zu erwähnen ist hierbei noch, daß der Vorbehaltsverkäufer dann selbstverständlich Besitzer, und zwar unmittelbarer, bleibt, wenn die Übergabe der Sache an den Käufer nicht nach § 929, sondern nach § 930 erfolgt. Aber auch in diesem Falle verliert der Verkäufer den mittelbaren Besitz, da ja der Tendenz des Veräußerungsgeschäftes dadurch keinerlei Abschwächung widerfährt. Entsprechendes muß aus demselben Grunde in Bezug auf den Verlust des mittelbaren Besitzes auch dann gelten, wenn der Verkäufer seine Besitzverschaffungspflicht durch Vindikationszession im Sinne der §§ 931, 870 erfüllt.

3. Die Frage ist nun noch die, ob der Verkäufer durch seine (berechtigte) Rücktrittserklärung wieder mittelbarer Besitzer wird, also dann, wenn die Bedingung ausgefallen ist und dadurch die Schwebezeit in für den Käufer negativem Sinne ihr Ende erreicht hat. Hierbei wird es darauf ankommen, ob und wie ein Besitzmittlerverhältnis im Sinne des § 868 nach erfolgtem Rücktritt denkbar ist. — Infolge des Rücktritts wird das Kaufvertragsverhältnis ex tunc aufgehoben. Dies geht daraus hervor, daß nach § 346, wenn der Rücktritt (gemäß § 349) erfolgt, die Parteien verpflichtet sind, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Diese Verpflichtung entsteht alsdann ohne weiteres kraft Gesetzes, sie ist demnach und insoferne eine obligatio ex lege[10]). Soll aber diese Verpflichtung, zurückzugewähren, bezw. die Erfüllbarkeit derselben einen Sinn haben, so muß sie logischerweise voraussetzen, daß der Käufer weiterhin verpflichtet ist, sich der Sache gegenüber so zu verhalten, daß er der ersteren Verpflichtung nachkommen kann. Es besteht also ein regelrechtes kraft Gesetzes zustandegekommenes

[9]) So auch Kemperdick S. 21 und ähnlich Müller a. a. O.

[10]) Einige wollen auch das neue Schuldverhältnis auf den Vertrag (hier den Kaufvertrag) zurückführen; andere behaupten, es entstehe durch die mit dem Rücktritt gegebene ungerechtfertigte Bereicherung. Vgl. hierzu z. B. Staudinger Vorbem. I 1 b S. vor § 346.

besonderes Schuldverhältnis, das sowohl Pflichten wie Rechte schafft, vom Käufer erfüllt ist, sobald er den ihm obliegenden Leistungshandlungen entsprochen hat und im vorliegenden Falle aus der Liquidation ex tunc des Kaufvertragsverhältnisses infolge des Rücktritts herausgeboren wird. Im Gesetze hat dieses neue Verhältnis keinen besonderen Namen erhalten, daß es aber besteht, beweisen ohne weiters z. B. die §§ 347, 348, in welch letzterer Bestimmung im besonderen auf § 320 verwiesen wird. Gerade aber durch § 320 wird der Käufer — der nach dem Rücktritt allerdings kein „Käufer" mehr ist — im Regelfalle in die Lage versetzt, die ihm obliegende Leistung, in der Hauptsache jetzt die Rückgewähr der Sache, bis zur Bewirkung der Gegenleistung, welche in der Regel in der Rückzahlung von anbezahlten Raten besteht, zu verweigern. Solange infolgedessen die Bewirkung der Gegenleistung noch nicht erfolgt ist, hat der ehemalige Käufer ein Recht, die Sache dem Eigentümer gegenüber zu besitzen. Das Erfordernis des „vermöge dessen" des § 868 ist mithin erfüllt. Vorhanden ist aber auch das zweite Erfordernis der Besitzberechtigung „auf Zeit". Denn sobald der Eigentümer die Gegenleistung bewirkt, ist die Besitzberechtigung zu Ende. Keine Schwierigkeit bietet vollends der Nachweis des dritten Erfordernisses, welches die Ähnlichkeit mit den in § 868 aufgezählten Beispielen verbürgt. Denn es liegt auf der Hand, daß dem durch den Rücktritt erzeugten Typus eines Schuldverhältnisses die bestimmungsgemäße Herausgabe der Sache, sogar in erster Linie, innewohnt. Damit sind aber alle Erfordernisse des § 868 gegeben; der „Verkäufer" wird also mit dem Rücktritt mittelbarer Besitzer der Sache, was zur Folge hat, daß ihm nunmehr auch die possessorischen Ansprüche wieder zustehen. Der entwickelten Konstruktion steht nicht entgegen, daß der Verkäufer etwa sofort nach dem Rücktritt seine Gegenleistung bewirken kann. Solcher Fall hat nur die Wirkung, daß die Besitzberechtigung des „Käufers" auf Grund des § 348 (§ 320) zeitlich eben auf ein Minimum zusammenschrumpft.

II.

Nunmehr gilt es, die für das Folgende sehr wichtige Frage zu untersuchen, ob während der Schwebezeit der Käufer nicht nur Alleinbesitzer der Kaufsache, sondern auch Eigenbesitzer (§ 872) derselben ist. Wie ist nun § 872 auszulegen?

1. Die herrschende Meinung hebt auf den animus domini des Besitzers ab[11]). Der animus (im Gegensatz zur opinio) domini sei das Wesentliche, mehr verlange § 872 zum Begriff des Eigenbesitzes nicht. Auch der Dieb ist demnach Eigenbesitzer.

2. Kann bei solcher Auffassung nun aber im speziellen Falle des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt der Käufer Eigenbesitzer nach Sachübergabe sein? Haben — weitergehend — die beiden Parteien nicht sogar den Willen, daß der Käufer Eigenbesitzer der Kaufsache schon während der Schwebezeit werden soll?

Die erste Frage ist meines Erachtens unbedenklich zu bejahen; aber auch die zweite muß bejaht werden, obwohl in der Regel eine ausdrückliche dahingehende Vereinbarung kaum vorliegen wird. Eine solche ist aber auch gar nicht besonders nötig, weil sie in dem Kaufvertrag gemäß §§ 133, 157, 242 als enthalten zu betrachten ist, soferne nicht das Gegenteil ausdrücklich beschlossen worden sein sollte. Denn die Aufgabe und der Zweck eines Kaufgeschäftes bestehen doch gerade darin, die Sache in das Eigentum des Erwerbers zu überführen und sie damit definitiv der Machtsphäre des Veräußerers zu entziehen. Daran ändert auch nichts, daß in Erfüllung des Kaufes unter Eigentumsvorbehalt die Einigung bedingt geschlossen worden ist, weil ja, um mit Thiesing[12]) zu sprechen, nach der dem Veräußerungsgeschäft immanenten Tendenz die Sache aus dem Vermögen des Veräußerers endgültig entscheiden soll, und bei normalem, dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien entsprechenden Verlaufe der Dinge, also wenn die Bedingung durch Zahlung des Kaufpreises eintritt, die Sache in den Händen des Er-

[11]) Vgl. u. a. R.G.R.Komm Anm. zum § 872; Wolff § 7 I 1; Kemperdick S. 22; Guyet S. 37; Planck § 872 Anm. 2; Weiße S. 61; Pöschel S. 22; Behrens S. 37; H. Müller S. 25; Bruns („Besitzerwerb") S. 62 ff.; Auerbach (Rostocker Studien 1905) und Löwenwarter Anm. zu § 872.

[12]) S. 249 ff.

werbers bleibt. Die Beziehungen des Vorbehaltsverkäufers zur Sache erschöpfen sich infolgedessen gewollt im Vorbehalt des Eigentumsrechtes allein zum Zwecke der Sicherung der Kaufpreisforderung. Wirtschaftlich hingegen, worüber sonach gewiß kein Zweifel bestehen kann, betrachtet der Verkäufer die Sache schon jetzt, d. h. während der Schwebe, als eine fremde, deren Schicksal ihm an sich gleichgültig sein kann und auch ist, während andererseits der Käufer sie wirtschaftlich als seine eigene ansieht und sich dementsprechend auch ihr gegenüber verhält. Somit ist der Vorbehaltskäufer Eigenbesitzer; aber nicht nur, wie ausgeführt, zufolge des für sich (nach der herrschenden Lehre) schon genügenden animus domini, den er sicher hat, sondern auch auf Grund Vertrags. Er hat also sogar ein **Recht** auf den Eigenbesitz, während der Vorbehaltsverkäufer entsprechend die Pflicht hat, ihm diesen auch zu gewähren.

3. Dieses Ergebnis entspricht — auch im Hinblick auf § 446 Abs. I — allein dem praktischen Bedürfnis wie auch den Tatsachen des Geschäftslebens. Denn der Kauf unter Eigentumsvorbehalt verfolgt, abgesehen von den speziell aus dem Sicherungszweck entspringenden Verboten für den Käufer und Rechten für den Verkäufer, das offenkundige und den Inhalt des Eigenbesitzes ausmachende Ziel, den Käufer schon während der Schwebezeit derart in den Genuß der Kaufsache und insbesondere ihrer Früchte gegebenenfalles (§ 955 Abs. 1 BGB.!) zu setzen, als ob er Eigentümer derselben wäre. Einen Verlust seines Eigentumsrechtes infolge Ersitzung (§§ 937 ff.) durch den Käufer hat der Verkäufer weder theoretisch noch praktisch zu befürchten. Theoretisch deswegen nicht, weil der Käufer ja beim Erwerb des Eigenbesitzes keinen guten Glauben an sein eigenes Eigentum hat[13]); und praktisch aus dem Grunde nicht, weil es kaum vorkommen wird, daß die Schwebezeit sich über eine Zeitdauer von 10 Jahren erstreckt.

Ergänzend sei auf Grund des obigen Ergebnisses zu den Ausführungen in § 3 in diesem Zusammenhang noch nachgetragen, daß der Verkäufer demzufolge nicht nur verpflichtet ist, dem Käufer gewöhnlichen Besitz (Fremdbesitz), sondern Eigenbesitz zu verschaffen; und zu den Darlegungen in § 6 sei noch bemerkt, daß, soferne das Eigentum an zum Verbrauch oder im Geschäftsbetrieb des Käufers zur Weiterveräußerung bestimmten Sachen vorbehalten worden ist, der Verkäufer auch wegen dieser (Eigenbesitzverschaffungs-)Pflicht sich weder gegen den Verbrauch noch gegen die Weiterveräußerung wehren kann.

4. a) Der hier vertretenen Ansicht, nach welcher der Käufer Eigenbesitzer schon während der Schwebezeit und nicht erst nach Eintritt der Bedingung ist, stimmen verschiedene Autoren im Ergebnis zu[14]).

Die herrschende Meinung nun vertritt allerdings die Ansicht, daß der Vorbehaltskäufer nicht Eigenbesitzer während der Schwebe werde[15]). Nach Cosack und Behrens soll der Käufer deshalb nicht Eigenbesitzer sein, weil er im Normalfalle den Besitz an der gekauften und übergebenen Sache nicht als an seiner eigenen ausüben, er vielmehr das Eigentumsrecht des Verkäufers achten werde. Die Unrichtigkeit dieser Auffasung ist ohne weiteres ersichtlich. Denn Eigenbesitz und Eigentumsrecht decken sich doch grundsätzlich keineswegs völlig[16])! Daher ist es durchaus möglich, daß jemand wie ein Eigentümer besitzt, dabei aber in jeder Hinsicht das Eigentumsrecht des anderen achtet, indem er z. B. die Sache nicht unbefugterweise an einen Dritten veräußert. Dem gleichen Mangel unterliegt auch die Meinung Pöschels, indem er eigentumsgleiches Haben ohne weiteres mit dem Eigentumsrecht identifiziert und zu dem (allerdings dadurch verständlichen) fehlerhaften Schluß gelangt, der Käufer würde sich durch solch eigentumsgleiches Haben einer Unterschlagung schuldig machen. Eine solche würde auch nicht vorliegen, wenn der Käufer ohne Willen und Zustimmung des

---

[13]) Vgl. hierzu z. B. Wolff § 71 I 2 a und b.

[14]) So H. Müller S. 24 auf 25; Kemperdick S. 22 auf 23; Guyet S. 37; Weiße S. 61; Strauß S. 48; Brinckmann S. 47, und Oertmann § 455 Anm. 4.

[15]) So u. a. Behrens S. 37 ff.; Caspari S. 41 ff.; Pöschel S. 22; Rühl S. 102; Cosack II § 185; Dernburg § 102, 1; Wolff § 7 II in Verbindung mit § 8 I 1 c; Warneyer § 455 Anm. 1; O.L.G. 24, 321 (Colmar) und insbesondere das Reichsgericht in verschiedenen Entscheidungen, z. B. Band 6, 337; 74, 126; 95, 105 (letztere zitiert oben in § 4).

[16]) Dies übersieht auch Dernburg a. a. O.

Verkäufers von einem animus domini nur rücksichtlich des Habens beseelt wäre, weil damit der Begriff der Zueignung im allgemeinen noch nicht erfüllt wäre. Ebenso vermengt auch Caspari Eigenbesitz und Eigentumsrecht miteinander, was daraus ersichtlich wird, daß er sagt, der Käufer habe gar nicht den Willen, die Sache zeitlich und inhaltlich unbeschränkt zu besitzen, denn er gebe bei der Vereinbarung zu erkennen, daß der Verkäufer Eigentümer bleiben solle, er dagegen nur den Besitz erlangen wolle, womit er bekunde, daß er die Sache vorläufig noch gar nicht wie eine eigene besitzen wolle. Dies bekundet der Käufer aber damit doch keineswegs! Vielmehr enthält die von Caspari bezeichnete Zur-Kenntnisnahme des Käufers doch nur sein Einverständnis dazu, daß ein Kauf unter Eigentumsvorbehalt statt eines gewöhnlichen abgeschlossen werden soll. Mit dem etwaigen Eigenbesitz des Käufers hat sie aber nicht das Geringste zu tun! — Aber auch das Reichsgericht begeht hinsichtlich der Vermengung von Eigenbesitz und Eigentumsrecht denselben Fehler wie die aufgeführten Schriftsteller. In Band 95 S. 105 ff. — diese Stelle sei statt aller ins Auge gefaßt — sagt es nämlich: „Die Übergabe der Sache unter Eigentumsvorbehalt soll den Kaufvertrag nicht schon in der Gegenwart, sondern erst in der Zukunft erfüllen, sie gewährt dem Käufer nicht die volle rechtliche Herrschaft über die Sache, sie macht ihn nicht zum Eigenbesitzer, sondern nur zum Verwalter und Verwahrer, und das selbst dann, wenn ihm die Sache nur auf Grund des Kaufvertrages übergeben wird. Der Verkäufer bleibt dementsprechend nach der Übergabe noch verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen und ihn dadurch auch zum Eigenbesitzer zu machen". Und abgesehen von der nicht zu billigenden Leistungserfolgstheorie, auf deren Boden diese Entscheidung steht, ist es nach den in diesem § unter I gemachten Ausführungen auch nicht richtig, daß der Käufer im grundsätzlichen nur Verwalter oder Verwahrer während der Schwebe ist. Damit zugleich ist endlich auch der in diesem Falle kursorische Standpunkt Wolffs widerlegt, der den Käufer deshalb als Fremdbesitzer betrachten will, weil er den Kauf unter Eigentumsvorbehalt als unter § 868 fallend ansieht, womit er sich übrigens in einen gewissen Widerspruch mit der von ihm selber vertretenen Ansicht setzt, daß der animus domini, den der Käufer in der Regel doch haben wird, zur Zeugung von Eigenbesitz genüge.

5. Sofern die Übergabe der Sache vom Verkäufer an den Käufer mittels Besitzkonstituts, § 930, geschieht, wird der Käufer gleichwohl Eigenbesitzer. Denn der Kaufvertrag wird dadurch nicht berührt; ebensowenig die in Erfüllung desselben vorgenommene bedingte Einigung. Entsprechendes gilt für die Vindikationszession i. S. des § 931.

§ 8.

II. Die Stellung des Vorbehaltsverkäufers im Konkurs während der Schwebezeit.

Sehr wichtig ist die Frage: Kann der Vorbehaltsverkäufer nach §§ 43 ff. KO. die Kaufsache aus der Konkursmasse aussondern, wenn der Käufer innerhalb der Schwebezeit in Konkurs fällt? Ist die Kaufsache in dieser Zeit als ein dem Käufer und nunmehrigen Gemeinschuldner nicht gehöriger Gegenstand im Sinne der §§ 1, 43 KO. zu betrachten?

1. Dies wird allgemein bejaht[1]).

Von Jäger[2]) werden die §§ 1, 43 KO. dahin kommentiert: „Der Konkursbeschlag erfaßt nach § 1 nur solche beschlagsfähige Vermögensgegenstände, die bei Konkursbeginn dem Gemeinschuldner „gehören", d. h. ihm

[1]) Vgl. z. B. Rühl S. 153; Bendix J.W. 30, 1360 ff. und J.W. 27, 701, Bem. zu Nr. 38; Jaffe S. 85 (nach diesem fällt nur die Anwartschaft des Käufers in seine Konkursmasse); Motive zur Konkursordnung II S. 91; Pöschel, S. 41; Weiße S. 79; Caspari S. 67; Kunze S. 62 ff.; Pudor S. 58; Wagener S. 34; Staub § 382 Anh. Anm. 90; Jäger § 26 KO. Anm. 15 (daselbst weitere Literatur), § 43 Anm. 17 und 29. Sowie besonders das Reichsgericht in Band 56, 214; 63, 307; 115, 262 (= J.W. 27, 701 Nr. 38); in J.W. 07, 315 Nr. 18 und weiteren Entscheidungen.

[2]) § 43 KO. Anm. 1.

dem Rechte nach zustehen. Dem Gemeinschuldner nicht gehörende Gegenstände unterliegen nach § 43 KO. der Aussonderung aus der Konkursmasse".

Nach dieser Auffassung, welche die allgemeine ist, „gehört" die unter Eigentumsvorbehalt übergebene Sache dem Käufer zweifellos nicht; denn er ist ja noch nicht Eigentümer derselben, solange er den Kaufpreis nicht voll bezahlt hat. Bis dahin steht das Eigentum, und mithin das Recht, dem Verkäufer zu, der demnach aussondern könnte.

Allein diese Auslegung der §§ 1, 43 KO. ist von jeher mit Recht nur eine grundsätzliche gewesen. Denn in den Fällen der sogen. fiduziarischen Rechtsübertragung — von Jäger Treuhandverfügung genannt —, in welchen von den Parteien bewußt eine im juristischen Erfolg über den erstrebten wirtschaftlichen Zweck hinausgehende Rechtsübertragung vereinbart wird, so z. B. bei der Übereignung oder Abtretung zum bloßen Zweck der Sicherung, der Einziehung, der freieren Verwaltung, hat die herrschende Meinung[3]) seit langem schon dem Treugeber ein Recht auf Aussonderung des Treugutes gegeben, soferne der Treuhänder in Konkurs geraten sollte[4]).

Eine ständige Rechtsprechung bejaht ebenfalls das Aussonderungsrecht des Treugebers. Damit steht aber fest, daß die formaljuristische Zugehörigkeit des Treugutes zum Vermögen des Treuhänders im Bereiche der Konkursordnung hinter die materiell-wirtschaftliche Zugehörigkeit des Gutes zum Vermögen des Treugebers zurückzutreten hat[5]).

Dies bedeutet zunächst soviel, daß die Vermögenszugehörigkeit der §§ 1, 43 KO. einen engeren Sinn als den der bloß formalen Rechtszugehörigkeit — bei Sachen im Sinne der Eigentumszugehörigkeit — haben muß, und zwar, um mit Jaeger[6]) zu sprechen, kraft Gesetzes selber und nicht etwa zufolge eines zu unterschiebenden Parteiwillens, der auf Grund der herrschenden Erklärungtheorie übrigens unmaßgebend wäre[7]).

2. a) Nunmehr frägt es sich, ob das, was nach der aufgezeigten in weitem Maße herrschenden Meinung insbesondere für die Sicherungsübereignung im Konkurse gilt, entgegen der eingangs mitgeteilten allgemeinen Meinung auf den Eigentumsvorbehalt entsprechend angewandt werden kann; was (nach der herrschenden Meinung) voraussetzen würde, daß beim Eigentumsvorbehalt im Sinne des § 455 ebenso wie bei der Sicherungsübereignung ein Treuverhältnis vorhanden wäre[8]). Was nun dieses Treuverhältnis anlangt, so hat dies speziell vom Reichsgericht eine scharfe Begriffsumgrenzung erfahren. Darnach soll von einem Treuverhältnis sowohl nach allgemeinen Verkehrsbegriffen wie auch im Rechtssinne nur dann gesprochen werden können, wenn der eine (Treugeber) aus seinem Vermögen dem anderen (Treuhänder) einen Gegenstand zu treuen Händen anvertraut, d. h. übereignet, und zwar derart, daß der andere das übertragene Recht im eigenen Namen ausüben, aber nicht zu seinem Vorteil gebrauchen soll, und hierbei das Treugut zwar rechtlich, nicht aber auch wirtschaftlich aus dem Vermögen des Treugebers ausscheidet[9]).

Daß bei derartiger Auffassung des Treuverhältnisses ein solches schon in der Voraussetzung seines Entstehens beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt nicht gegeben ist, ist offenkundig. Denn wollte man den Käufer als Treugeber betrachten, so könnte sicher nicht gesagt werden, daß er aus seinem Vermögen dem anderen (Verkäufer) einen Gegenstand zu treuen Händen derart übereignet habe, daß der andere das übertragene Recht im

---

[3]) Vgl. die vielen Zitate bei Jaeger § 43 Anm. 38.

[4]) Umgekehrt hat man dafür ZB. im Falle der Sicherungsübereignung dem Sicherungsnehmer (Treuhänder) im Konkurs des Sicherungsübereigners (Treugebers) ein Absonderungsrecht gewährt. Vgl. ZB. R.ch. 124, 73; 91, 15; 24, 45 ff.; Rch. JW. 10, 29; Recht 15 Nr. 2588; J.W. 28, 2139; Mayr in J.W. 29, 1399 und insbes. Jaeger § 48 K.O. Anm. 11 und 13.

[5]) So Jaeger § 43 Anm. 40 und insbesondere das Reichsgericht Band 24, 45; 31, 392; 45, 85; 53, 471; 55, 391; 62, 198; 79, 121; 84, 218; 91, 12; 94, 307 = J.W. 19, 107 und Band 118, 209 = J.W. 28, 63 Nr. 12 sowie Bendix in J.W. 27, 701 (Bem. zu Nr. 38).

[6]) § 43 KO., Anm. 40.

[7]) Weitere reiche Literatur bei Jaeger § 43 Anm. 40 a. E.

[8]) Vgl. z. B. R.G. 91, 14.

[9]) So R.G. 84, 217; 91, 16.

eigenen Namen ausüben, aber nicht zu seinem Vorteil gebrauchen solle, weil ja die Kaufsache, um die es hier allein sich handelt, ihm überhaupt noch nicht übereignet worden ist, er sie also auch nicht dem Verkäufer übereignen kann. Und umgekehrt kann auch der Vorbehaltsverkäufer niemals als Treugeber in dem bezeichneten Sinne angesehen werden.

Allein dieser Begriff vom Treuverhältnis, wie ihn das Reichsgericht aufstellt, ist ungerechtfertigt einseitig und kann bei der Mannigfaltigkeit des Verkehrs- und Rechtslebens, das durchweg von dem Grundsatze von Treu und Glauben beherrscht wird (§ 242!) keinesfalls genügen. Es dürfte überhaupt mit Rücksicht darauf nicht angängig sein, zumal das Treuverhältnis vom Gesetze selber nirgends eine Definition erfahren hat, es in ein festes, oder wenn schon, dann in ein so enges Begriffsgewand zu kleiden.

b) Zu den Treuhandverhältnissen muß seinem Inhalt nach aber auch der Eigentumsvorbehalt gehören. Rühl[10]) mißt ihm denn auch deshalb fiduziarischen Charakter bei, weil der durch den Eigentumsvorbehalt gesicherte Gläubiger Eigentümer der Sache wie bei der Sicherungsübereignung sei, während (wenigstens prima facie) ein Pfandrecht seinen wirtschaftlichen Bedürfnissen durchaus genügen würde und er so in einer über das notwendige Maß hinausgehenden Rechtsmacht verharre. Dies ist (ebenfalls prima facie), trotz der dem Verkäufer (auch entgegen Rühl) daraus widerfahrenden und nachgewiesenen Einschränkungen, daß er nach Sachübergabe nicht mittelbarer Besitzer ist, richtig, da ja seine Rechtsmacht dadurch nicht berührt wird. Von der anderen Seite betrachtet muß man dem Eigentumsvorbehalt aber auch aus dem Grunde fiduziarischen Charakter zuerkennen, weil der Käufer, indem er in der Regel unmittelbarer Besitzer wird, die Möglichkeit hat, den getroffenen Abmachungen in unkorrigierbarer Weise zuwider vor der jemaligen Zahlung des Kaufpreises über die Kaufsache zum Nachteil des Verkäufers (durch Veräußerung an einen gutgläubigen Dritten) zu verfügen. Die Rolle des Treuhänders hätte aber bei der letzteren Betrachtung nicht der Verkäufer, sondern der Käufer inne.

3. a) Allein auf das Vorhandensein eines Treuverhältnisses kommt es gar nicht an. Denn dafür, daß ein solches vorhanden sein müsse, ist in dem Beratungsergebnis der Reichstagskommission von 1875 auf 1876 nicht der geringste Anhalt geboten[11]). Vielmehr und einzig und allein lag es der Reichstagskommission daran, mit ihren Beispielen aufzuzeigen, daß der Begriff der Zugehörigkeit im Sinne der §§ 1, 43 KO. kein bloß formaljuristischer ist. Der Gegensatz — ohne daß jedoch hiermit gesagt werden soll, er könne sich nicht bei einer Person vereinigen — zur formaljuristischen Zugehörigkeit ist aber bei unbefangener Betrachtung nicht ein Treuverhältnis, sondern nur die materiell-wirtschaftliche Zugehörigkeit[12]). Daß eine solche materiell-wirtschaftliche Zugehörigkeit des ferneren aber auch dann vorhanden sein kann, wenn derjenige, der diese innehat, noch gar nicht Inhaber der formaljuristischen Zugehörigkeit gewesen oder geworden ist, liegt auf der Hand. Wollte man dies verlangen, so würde man der materiell-wirtschaftlichen Zugehörigkeit eine Einschränkung zuteil werden lassen, welche sich mit ihrem Wesen schlechthin nicht vertrüge.

b) Im Anschluß hieran taucht nun die Frage darnach auf, worin die formaljuristische und worin die materiell-wirtschaftliche Zugehörigkeit sich äußert.

Zu weit führen würde es jedoch im Rahmen dieser Arbeit, den Unterschied beider Zugehörigkeiten außer in Bezug auf bewegliche Sachen auch für sonstige Gegenstände bestimmen zu wollen. Und innerhalb der beweglichen Sachen muß wiederum eine Abschränkung und zwar dahin gemacht werden, daß nur solche bezw. sie nur soweit in den Kreis der Betrachtung gezogen werden sollen, als an ihnen Eigentum lediglich auf den in §§ 929 ff. bezeichneten Wegen erworben werden kann. Auszuscheiden für die geplante Festlegung haben also solche beweglichen Sachen, an denen und soweit an ihnen Eigentum z. B. kraft §§ 952, 797, Art. 36 W.O., §§ 365, 222 HGB. erworben wird.

---

[10]) S. 10; vgl. auch das Gutachten des Reichsfinanzhofes in Bd. 19, 126 ff. seiner Entscheidungen und Gutachten (darüber des näheren in § 9).

[11]) Siehe Protokolle zur K.O. S. 28 ff., 127 ff., 163 ff., 172.

[12]) So faßt auch Jaeger, § 43 Ko. Anm. 40, ohne weiteres den Gegensatz auf, ohne sich allerdings klar von dem hier bekämpften Treuverhältnis freizumachen.

Die Frage nach der Äußerungsform der formal-juristischen Zugehörigkeit nun ist ohne weiteres zu beantworten. Richtig wird allgemein angenommen, daß dann nämlich jemand Inhaber der formal-juristischen Zugehörigkeit einer Sache sei, wenn er Eigentümer derselben im Sinne des § 903 ist. Allein auch die Antwort auf die Frage nach den Voraussetzungen, die die materiell-wirtschaftliche Zugehörigkeit einer Sache zu jemandens Vermögen bedingen, kann nach den Ausführungen, die in dem § 7 über den Eigenbesitz und dessen Inhalt gemacht worden sind, nurmehr eine einzige, nämlich die sein: materiell-wirtschaftlich gehört eine bewegliche Sache demjenigen, der Eigenbesitzer derselben ist. Einschränkend ist hierzu jedoch zu bemerken, daß ein solcher Eigenbesitz, der sich lediglich auf den animus domini des Besitzers gründet, zur Herbeiführung der materiell-wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit nicht genügen kann. Der Besitzer muß vielmehr, wie der Vorbehaltskäufer, ein Recht auf den Eigenbesitz haben. (Vgl. hierzu auch unten § 10 I).

Faßt man die materiell-wirtschaftliche Zugehörigkeit in diesem Sinne auf, so ist sie unbestreitbar aber auch etwas juristisches und nicht nur wirtschaftliches. Der Standpunkt Kernerts[13]), wonach überall dort, wo im Gesetze das Wort „Vermögen" gebraucht sei, dieses als juristischer und nicht als wirtschaftlicher Begriff aufgefaßt werden müsse, weshalb die wirtschaftliche Zugehörigkeit als etwas bloß wirtschaftliches nicht unter § 1 KO. falle, ist daher als zu allgemein und überdies auch als zu unklar abzulehnen. Soweit er[14]) meint, Zugehörigkeit sei (bei einer beweglichen Sache) als Eigentum aufzufassen, ist er durch die obigen Ausführungen schon widerlegt.

4. a) Nach den gemachten Ausführungen dürfte auch im Falle der Sicherungsübereignung der Sicherungsgeber Eigenbesitzer und mithin Inhaber der materiell-wirtschaftlichen Zugehörigkeit an der Sache sein. Denn das Vorhandensein eines Besitzmittlerverhältnisses[15]) braucht den Eigenbesitz nicht auszuschließen, der bei der Natur der Sicherungsübereignung auch bei dieser zwischen den Parteien in der Regel als stillschweigend vereinbart anzusehen ist, ungeachtet des zudem sicher vorhandenen Eigenbesitzer-Willens des Sicherungsübereigners. Im Ergebnis ist daher der herrschenden Meinung, wenn sie dem Sicherungsgeber ein Aussonderungsrecht im Konkurs des Sicherungsnehmers gewährt, zuzustimmen.

b) Hat aber bei der Sicherungsübereignung der Sicherungsgeber ein Aussonderungsrecht richtigerweise aus dem Grunde, weil er Eigenbesitzer ist und infolgedessen die Sache materiell-wirtschaftlich zu seinem Vermögen gehört, so muß ein solches gleichermaßen auch dem Vorbehaltskäufer im Konkurse des Vorbehaltsverkäufers zustehen[16]). [17]). Ja, der Vorbehaltsverkäufer muß noch eher als der Sicherungsgeber aussonderungsberechtigt sein, da seine Stellung insoweit noch eine freiere und bessere ist, als der Vorbehaltsverkäufer nicht einmal mehr, wie nachgewiesen, mittelbarer Besitzer der Kaufsache nach Übergabe der Sache

---

[13]) S. 13 und J.W. 30, 2766 ff.

[14]) Seite 34.

[15]) Das von Kernert, S. 53, bei seiner besonderen Auffassung der Sicherungsübereignung als eines besonderen Sachenrechtes allerdings geleugnet wird.

[16]) Daß die Kaufsache dem Vorbehaltskäufer in diesem Sinne — nämlich materiell-wirtschaftlich — gehört, scheint auch Adler (Z.H.R. 86 S. 312 Anm. 55) aussprechen zu wollen, indem er sagt, das vorbehaltene Eigentum habe in Wahrheit die Natur eines Rechtes an einer dem Käufer gehörenden Sache. Rühl, S. 12, geht also mit seiner Kritik an dieser Stelle fehl, die er darum an ihr übt, weil er glaubt, Adler habe damit sagen wollen, der Vorbehaltsverkäufer habe nur noch ein Pfandrecht.

[17]) Dieses Aussonderungsrecht des Vorbehaltskäufers im Konkurs des Vorbehaltsverkäufers ist außerordentlich zu billigen. Denn obwohl an dem formalrechtlichen Begriff des Eigentums im Sinne des § 903 weder gerüttelt werden kann noch soll, so kann doch den Postulaten Hedemanns („Die Umwandlung des Eigentumsbegriffs", in „Recht und Wirtschaft" 1922 S. 585—592) damit insoferne schon entsprochen werden, als er bei einer künftigen Regelung des Eigentumsbegriffes das Schwergewicht u. a. nicht mehr in das Haben, sondern in das Ausnützen verlegt wissen will.

und bedingter Einigung ist, während die Sicherungsübereignung nach der herrschenden Lehre sich gerade auf die §§ 930, 868 stützt. Insofern kann die Leugnung eines Besitzmittlerverhältnisses beim Eigentumsvorbehalt noch zur besonderen Fundierung des Eigenbesitzes des Käufers dienen, obwohl sie weder Voraussetzung für die Begründung desselben, noch überhaupt nötig dazu ist[18]).

5. Hat nun aber auch der Vorbehaltskäufer ein Aussonderungsrecht hinsichtlich der Kaufsache im Konkurse des Vorbehaltsverkäufers, so kann umgekehrt nicht auch der Verkäufer ein solches im Konkurse des Käufers haben. Zu prüfen bleibt jedoch im besonderen, ob man nun dem Vorbehaltsverkäufer ebenso wie dem Sicherungsnehmer ein Absonderungsrecht, wie es die herrschende Meinung bezüglich des letzteren im Ergebnis richtig tut, gewähren will und worauf ein solches Absonderungsrecht hier zu gründen wäre.

Nicht beizupflichten ist insbesondere der Ansicht Jaegers[19]) und der des Reichsgerichts[20]), welche im Falle der Sicherungsübereignung dem Sicherungsnehmer allein wegen der Notwendigkeit der Anwendung des § 64 KO., die, wie noch zu zeigen, auch für den Eigentumsvorbehalt bestünde, ein Absonderungsrecht geben. Denn die Anwendung des 64 KO. würde, wie es ja die Ausführungen Rühls[21]) im Hinblick auf den Eigentumsvorbehalt erweisen, keineswegs unbedingt statt der Aus- eine Absonderung nötig machen. Es bestünde vielmehr die Möglichkeit, den § 64 KO. nur analog als Einzel-Vorschrift anzuwenden[22]). Ja, selbst Jaeger[23]) wendet für den Eigentumsvorbehalt, im Einklang mit Rühl, den § 64 KO. nur analog an und zeigt hierbei, im Widerspruch zu seinen früheren Ausführungen, daß die Notwendigkeit der Anwendung des § 64 KO. durchaus nicht unbedingt auch zu einer Anwendung sonstiger Absonderungsregeln führen muß.

Hingegen zweifellos verwertbar auch für den Eigentumsvorbehalt ist (im Kerne) die Ansicht des Reichsgerichts in denjenigen Entscheidungen[24]), wo dem Sicherungsnehmer deshalb ein Absonderungsrecht gewährt wird, weil die Sicherungsübereignung dem Pfandrecht verwandt sei. Bevor jedoch des näheren in die Untersuchung der Brauchbarkeit dieser Ansicht auch für den Eigentumsvorbehalt eingetreten wird, soll mit aller Deutlichkeit betont werden, daß der Eigentumsvorbehalt selbstverständlich nicht als Pfand aufzufassen ist. Das ist vom Reichsgericht schon nicht von der Sicherungsübereignung behauptet worden, obwohl ja bekanntlich diese gerade zur Ergänzung der, wie die Praxis gezeigt hat, im Verkehr nicht ausreichenden und viel zu engen Mobiliarpfandgrundsätze des BGB. durch die Praxis ins Leben gerufen worden ist. Es kann und soll sich daher im folgenden nur darum handeln, darzulegen, auf welche Weise man dem Vorbehaltsverkäufer im Konkurse des Käufers gerecht werden will und muß, nachdem ihm ein Aussonderungsrecht deshalb nicht zusteht, weil, wie gezeigt, die formaljuristische Zugehörigkeit hinter die materiell-wirtschaftliche hier zurückzutreten hat.

Das Reichsgericht hat in den oben zitierten Entscheidungen die Verwandtschaft der Sicherungsübereignung mit dem Pfandrecht vornehmlich darin erblickt, daß beide Rechtsinstitute der Sicherung einer Forderung dienten. Das ist ohne Frage richtig. Aber gerade diesen Sicherungszweck verfolgt ja bekanntlich auch der Eigentumsvorbehalt! Kann § 48 K.O. demnach auf den Eigentumsvorbehalt entsprechend angewandt werden?

Er kann es, aber nur aus folgenden Gründen: Der Vorbehaltsverkäufer ist Eigentümer der Kaufsache im Sinne des § 903 geblieben und er bleibt es solange, als die Kaufpreisforderung nicht restlos bezahlt worden ist. Der Vorbehaltsverkäufer hat also noch ein unumschränktes dingliches Recht an der Sache, und zwar eben auf Grund seines Eigentums an ihr. Das Eigentum nun ist bekanntlich das umfassendste dingliche Recht und reicht weiter auch als das Pfandrecht. Man kann sagen, es umfaßt ursprünglich alle möglichen anderen schwächeren dinglichen Rechte, die später nichts als Abspitterungen

[18]) Daß auch der Vorbehaltskäufer ebenso wie der Sicherungsgeber die wirtschaftliche Zugehörigkeit an der Kaufsache hat, gibt auch Rühl, S. 158, zu.
[19]) § 48 KO. Anm. 13.
[20]) In Band 124, 73 = J.W. 29, 1879 Nr. 8.
[21]) S. 158.
[22]) Wie Rühl a. a. O. es tut.
[23]) § 48 KO. Anm. 13 a. E.; § 64 KO. Anm. 6.
[24]) Vgl. besonders R.G. 91, 279 ff.; Warneyer 10 Nr. 38.

von ihm sind. Infolgedessen muß auch das Pfandrecht (d. h. die in ihm enthaltene Befugnis) vom Eigentum ursprünglich umfaßt sein, das als kleineres Recht in dem größeren des Eigentums ursprünglich aufgeht. Wenn nun, wie im Falle des Konkurses des Vorbehaltskäufers, der Vorbehaltsverkäufer die ihm noch zu Eigentum zugehörige Kaufsache aus den dargelegten Gründen nicht aussondern, er sie also nicht aus der Konkursmasse herausverlangen kann, so müssen ihm daher in solchem Falle, weil das Eigentum auch insoweit nicht völlig wirkungslos sein kann und zudem gerade zum Zwecke der Sicherung vorbehalten worden ist, ausnahmsweise bei vernünftiger Auslegung die minderen Rechte eines Pfandgläubigers, also wenigstens Absonderungsrechte, zugestanden werden. Aus diesem Grunde im besonderen ist dem Verkäufer tatsächlich eine Absonderungsbefugnis im Konkurse des Käufers zuzubilligen. Keineswegs also etwa deswegen, weil der Käufer „wirtschaftlicher Eigentümer" der Kaufsache sei (auf diese Frage ist im nächsten § noch des näheren zurückzukommen).

6. Diese Lösung gewährt gegenüber dem von der herrschenden Meinung eingenommenen Standpunkt, wonach der Verkäufer aussonderungsberechtigt ist, eine ganze Reihe aus ihr hervorgehender durchweg zu billigender und eindeutiger Folgerungen.

a) So ergibt sich aus ihr zunächst die Anwendbarkeit u. a. auch des § 64 KO. ohne Zwang von selbst, wonach ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, die Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet, zwar zur Konkursmasse geltend machen, aus derselben aber nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung erlangen kann, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist.

Dies ist besonders darum wichtig, weil sonst der Konkursverwalter des Gemeinschuldners (des Käufers in diesem Falle), sofern man schon vom Standpunkte der hier verfochtenen Leistungshandlungstheorie den Kaufvertrag durch den Verkäufer auch im Sinne des § 17 KO. als erfüllt ansehen wollte, nicht die Erfüllung des Kaufvertrags d. h. die Zahlung des ganzen (Rest-)Kaufpreises[25]) verweigern und daneben der Verkäufer sich abgesonderte Befriedigung verschaffen könnte. Dem Streit über die Anwendbarkeit des § 17 KO. auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt wird dadurch praktisch die Spitze abgebogen, weshalb es sich erübrigt, auf die diesbezüglichen Meinungsverschiedenheiten weiter einzugehen.

b) Des weiteren ist die Frage: „Kann der Vorbehaltsverkäufer, obwohl er absonderungsberechtigt ist, in Anwendung der Grundsätze des § 46 KO. Ersatz-Aussonderung verlangen, wenn die Kaufsache vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vom Käufer (Gemeinschuldner) oder auch nach der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Verwalter veräußert worden ist?" nach unserer Grundauffassung zu bejahen. Denn Aussonderung und Absonderung beruhen nicht auf gegensätzlichen Rechtsgründen. Beide Male handelt es sich um eine „Sonderung" im Sinne der Ausscheidung fremden Rechtes, und der Kampf mit dem Verwalter um die Anerkennung der dinglichen Belastung eines Massegegenstandes, der Streit um die Rechtszuständigkeit, ist auch, wenn die streitige Belastung zu abgesonderter Befriedigung berechtigt, begrifflich ein Aussonderungsstreit. Aussonderung nämlich beansprucht der Pfandgläubiger (im weiteren Sinne), soferne er dem Verwalter gegenüber die Anerkennung des Pfandrechtes begehrt, Absonderung dagegen, soferne er Vorzugsbefriedigung aus dem Erlös des belasteten Gegenstandes fordert, einerlei, wer die Verwertung betreibt[26]) Deshalb muß, zumal das Schutzbedürfnis das gleiche ist, der § 46 KO. auch auf die Absonderung anwendbar sein. Dem steht nicht entgegen, daß der § 46 KO. eine Ausnahmevorschrift darstellt und als solche keine Erstreckung duldet; denn weil, wie dargelegt, innerhalb der Absonderung zunächst eine Aussonderung (des Rechtes) stattfindet, ist die Anwendung des § 46 auch auf die Absonderung eine direkte[27]).

---

[25]) Allerdings und selbstverständlich nur in Höhe der Konkursquote; vgl. z. B. Rühl S. 157; Jaeger § 26 KO. Anm. 15.

[26]) So wörtlich Jaeger § 43 KO. Anm. 11.

[27]) So wiederum Jaeger § 46 KO. Anm. 5 und O.L.G. Köln in Puchelts Zeitschrift 35 S. 72 ff. (Urteil vom 11. 11. 03). — A. M. R.G. 28, 149 (Urteil vom 11. 7. 91).

Gleichwohl ist aber, entgegen der herrschenden Ansicht[28]), der Standpunkt nicht zu billigen, der Vorbehaltsverkäufer könne bei der Ersatzaussonderung die Abtretung der von dem Käufer (Gemeinschuldner) beim Weiterverkauf erzielten Preisforderung in einem etwa den ursprünglichen Kaufpreis übersteigenden Umfange verlangen. Dies mag richtig sein, soferne der Ersatzaussonderung ein gewöhnlicher Aussonderungsfall zu Grunde liegt, sie sich also nicht, wie beim Eigentumsvorbehalt, auf eine innerhalb des Absonderungsprozesses vorzunehmende Aussonderung stützt.

Kann nun zwar der Vorbehaltsverkäufer trotz oder wegen seines Absonderungsrechtes Ersatzaussonderung gemäß § 46 KO. fordern, so jedoch nur dann, wenn es sich um eine Vereitelung seines Absonderungsrechtes handelt. Eine solche ist aber nicht gegeben, wenn der Käufer (Gemeinschuldner) zur Weiterveräußerung der ihm unter Eigentumsvorbehalt veräußerten Sache vom Verkäufer ermächtigt war. Denn in solchem Falle war die Sicherung, welche sich der Verkäufer ausbedang, von vornherein nur eine beschränkte, und demgemäß muß auch sein etwaiges Absonderungsrecht im Konkurse des Käufers nur ein beschränktes sein: es soll vereinbarungsgemäß nur bis zur Weiterveräußerung der Kaufsache ausgeübt werden dürfen. Gilt dies vom Absonderungsrecht als solchem, so muß es natürlicherweise und folgerichtig nach obigem auch für die Ersatzaussonderung gelten[29]), weil sie ja gerade aus der Absonderung entspringt. Bei der Begründung des jetzigen § 46 KO. ist man[30]) denn auch in erster Linie davon ausgegangen, daß der Aussonderungsberechtigte gegen eine unrechtmäßige Veräußerung durch den Gemeinschuldner geschützt werden müsse. Eine solche ist aber zu verneinen, wenn der Käufer erlaubterweise die Kaufsache weiterveräußert hat[31]). Besonders ist aber, gleichfalls in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht, zur weiteren Festigung des Ergebnisses[32]) Jaeger[33]) zuzustimmen, welcher sagt, § 46 wolle Ansprüche nicht verschaffen, sondern lediglich verstärken. Demnach könne es nicht Zweck des § 46 KO. sein, dem Schuldnervermögen im Konkursfalle eine Haftung aufzubürden, welche außerhalb des Konkurses gar nicht bestehe und eine höchst unangemessene Begünstigung des Dritten auf Kosten des Gemeinschuldners und der Konkursgläubiger mit sich bringen würde.

Außer diesen Fällen, bei denen eine Aussonderung deswegen nicht stattfindet, weil eine Ermächtigung für den Käufer zur Weiterveräußerung der

[28]) R.G. 115, 262; Jaeger § 46 KO. Anm. 3; Bendix J.W. 27, 701/702.

[29]) So R.G. 115, 262 = J.W. 27, 701 Nr. 38, freilich mit der herrschenden Meinung davon ausgehend, daß der Verkäufer im Normalfall ein Aussonderungsrecht habe, was aber an der Gültigkeit der Begründung auch für den Fall, daß man dem Vorbehaltsverkäufer ein Absonderungsrecht gewährt, nicht rütteln kann. Zum gleichen Ergebnis wie das Reichsgericht muß man, entgegen Rühl (der im Ergebnis jedoch zustimmt), S. 161, auch dann gelangen, wenn man die Materialien zur KO. (vgl. Hahn, Material zur KO. § 38, dem jetzigen § 46 KO., S. 182 bis 184; zitiert auch in R.G. 115, 262, wo zur weiteren Begründung des zur Kenntnis gebrachten Standpunktes darauf Bezug genommen wird) in die Betrachtung miteinbezieht. Denn daselbst ist billigenswert gesagt: „Es würde zu einer offenbaren Unbilligkeit ausschlagen, wollte man gestatten, daß der Verwalter den Erlös für eine Sache, die dem Gemeinschuldner nicht gehörte und die er unrechtmäßig veräußert hatte, zur Konkursmasse und zur Verteilung unter alle Konkursgläubiger einzöge. Die Billigkeit verlangt, daß auch hier die Forderung auf den Erlös als dem Vindicationsberechtigten zustehend angesehen werde".

[30]) Vgl. Anm. 29.

[31]) Vgl. hierzu noch Hellwig im Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 68, 217 ff.

[32]) Das außerdem schon von Wilmowski KO. § 46 Anm. 1 gebilligt wurde und des weiteren vom O.L.G. Kiel, Seuff. Arch. 68, 297 bis 299 (Urteil vom 28. 3. 13) sowie neuerdings außer vom Reichsgericht auch von Bendix im Anschluß an dieses (J.W. 27, 701/702) sowie von Mentzel § 46 KO. Anm. 3 b und Rühl. S. 161, verfochten wird; a. M. ist lediglich das O.L.G. Stettin. in Seuff. Arch. 68, 296/297 (Urteil vom 3. 3. und 3. 4. 13) und O.L.G. 27, 353 ff., das sich zur Begründung jedoch nur auf den bloßen unmaßgeblichen Wortlaut des § 46 stützt. — Eine Sondermeinung nehmen offenbar James Goldschmidt (Arch. f. Urheber-, Film- und Theaterrecht Bd. 2, 21) und Schmidt-Rimpler („das Kommissionsgeschäft", in Ehrenbergs Handbuch, Band V 1. Abt. S. 925) ein.

[33]) § 46 KO. Anm. 3.

Kaufsache ausdrücklich vorgelegen hat, gibt es noch andere Fälle der Veräußerung, in denen wie in den erwähnten aus allgemeinen Rechtsgründen naturgemäß gleichfalls nicht von einer Vereitelung der Absonderung gesprochen werden kann und somit eine Ersatzaussonderung gleichfalls nicht in Betracht kommt. Solche Fälle liegen z. B. vor, wenn das Eigentum an Sachen vorbehalten worden ist, deren Bestimmung in der Veräußerung (direkt) liegt und diese Sachen dann veräußert worden sind. (Vgl. hierzu des näheren die in § 6 gemachten Ausführungen).

Zwar enthält die oben näher zitierte und, soweit sie die Ersatzaussonderung betrifft, richtige Entscheidung des Reichsgerichts in Band 115, 262 zweifellos für den Vorbehaltsverkäufer eine gewisse Härte[34]). Mit Rühl[35]) ist aber zu sagen, daß die Härte „nicht in einer unrichtigen Anwendung des § 46 KO. liegt, sondern in nicht genügender Beachtung des Umstandes, daß vielfach zwar nicht Ersatzaussonderungs-, wohl aber Aussonderungsrechte des Vorbehaltsverkäufers in Bezug auf die bei der Veräußerung der Kaufsache durch den Käufer entstandenen Forderungen vorliegen". Dies trifft dann zu, wenn der Käufer als stiller Stellvertreter des Verkäufers veräußert hat. Denn, wie Rühl[36]) in zu billigender Weise ausgeführt hat, steht alsdann einer analogen Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB. auf das Innenverhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und Vorbehaltskäufer in allen Fällen und nicht nur auf das Kommissionsverhältnis nichts im Wege. Einen besonders sicheren Schutz könnte sich der Vorbehaltsverkäufer schließlich noch durch eine antizipierte Forderungsabtretung schaffen[37]). Auch Wassermann[38]) erkennt die mißliche Lage des Vorbehaltsverkäufers im Konkurs des Käufers, soferne er diesen zur Weiterveräußerung ermächtigt und dieser von der Ermächtigung auch Gebrauch gemacht hat. Daher will er dem Verkäufer mit einem für diesen Fall vertraglich zu begründenden Aussonderungsrecht an der Forderung helfen. Allein dies ist, wie Rühl[39]) richtig erkennt, nicht angängig, weil keine rechtliche Möglichkeit besteht, durch Vertrag Verpflichtungen zu schaffen, die sich gegen den Vertragsgegner in seiner Eigenschaft als evtl. späteren Gemeinschuldner richten und somit auf eine Abänderung zwingender Vorschriften der KO. hinauslaufen würden.

Schließlich sei noch bemerkt, daß auch das Recht auf Ersatzaussonderung nicht deshalb aufgehoben wird, weil die Kaufpreisforderung verjährt ist. Denn, wie wir in § 6 gesehen haben, geht der Eigentumsvorbehalt dadurch nicht unter. Voraussetzung einer Ersatzaussonderung ist aber, neben den weiteren Voraussetzungsmerkmalen und hierbei insbesondere demjenigen, daß eine „Veräußerung" durch den Käufer vorliegen muß[40]), nicht das Bestehen der Kaufpreisforderung, sondern, wie gezeigt, die Existenz eines Aus- oder Absonderungsrechtes im Konkurse des Gemeinschuldners für den Fall, daß eine Veräußerung nicht stattgefunden hätte. Gerade im trotz der Verjährung noch bestehenden Eigentumsvorbehalt wäre aber vorliegendenfalles der Grund zur Absonderung gegeben gewesen.

c) Eine weitere Frage, und zwar die wichtigste, die aus dem Umstand entspringt, daß der Vorbehaltsverkäufer im Konkurs des Käufers absonderungsberechtigt ist, ist nun die, in welcher Weise er abgesonderte Befriedigung zu erlangen vermag.

Mit Hilfe des § 127 K.O. vermag sie beantwortet zu werden. Diese Vorschrift findet ebenso wie die übrigen sich auf die Absonderung beziehenden gleichfalls entsprechende Anwendung auf den Eigentumsvorbehalt. Es ist nach den gemachten Darlegungen kein stichhaltiger Grund vorhanden, ihre Anwendung abzulehnen[41]). Sonach ist der Verwalter berechtigt — nicht ver-

---

[34]) Vgl. hierzu die Ausführungen Wageners S. 47.

[35]) S. 162.

[36]) a. a. O. und S. 44 ff.

[37]) So Rühl S. 162. — Geht das Geld für die so abgetretene Forderung aber, etwa durch Vermischung, in das Eigentum des Käufers über, so besteht kein Aussonderungsrecht mehr. So mit Recht Ziffer in J.W. 1930, 1359.

[38]) In „Wirtschaft und Recht" 1929 S. 159.

[39]) S. 61.

[40]) Vgl. Jaeger § 46 Anm. 8 ff. zu dem Begriff der Veräußerung im Sinne des § 46 KO.

[41]) Ebenso in Bezug auf die Sicherungsübereignung Jaeger § 48 Anm. 13, und Z.Z.P. 54, 146; Staub § 368 Anm. 111; R.G. 118, 209 = J.W. 28, 63 und

pflichtet, er könnte infolgedessen auch freihändigen Verkauf wählen —, entweder unter entsprechender Anwendung der §§ 803 ff., 808 ff. CPO. vorzugehen, wobei er natürlich keine Pfändung benötigt, sondern nur der Besitzergreifung der Sache bedarf[42]), oder auch einen Pfandverkauf nach den Regeln der §§ 1234 zu betreiben. Den Erlös muß er dem Vorbehaltsverkäufer nach allgemeinen Grundsätzen zur Befriedigung, also bis zur Höhe des Kaufpreises, herausgeben. Der Übererlös fällt, soweit keine weiteren Pfandgläubiger vorhanden oder diese befriedigt sind, in die Konkursmasse. Weiteren Absonderungsberechtigten geht der Vorbehaltsverkäufer hierbei im Range nach Maßgabe des § 805 CPO. und der §§ 1208, 1209, die auf Grund des § 127 KO. wenn auch nur entsprechend, so doch hier in direkter und nicht nur analoger Weise anzuwenden sind, vor.

Zu prüfen bleibt nun insbesondere noch, ob etwa im Konkurs des Käufers der Vorbehaltsverkäufer die Befugnis hat:

1. selber, also ohne gerichtliches Verfahren im Sinne des § 127 Abs. 2 KO. und
2. außerdem auf freie Weise, d. h. ohne sich an die Bestimmungen der §§ 1233 ff. halten zu müssen,

die Kaufsache zu seiner Befriedigung zu verwerten.

Was die erste Frage, nämlich die der Befriedigung ohne gerichtliches Verfahren anlangt, so bejaht sie schon Jaeger[43]) auch in Bezug auf den Eigentumsvorbehalt. Er gelangt zu dieser Stellungnahme, indem er hier den Sicherungszweck des Eigentumsvorbehalts und damit dessen Verwandtschaft mit der Sicherungsübereignung gerade in diesem wichtigsten Punkte hervorhebt. Wie bei dieser erachtet er daher auch beim Eigentumsvorbehalt einmal einen Zwangsvergleich als unschädlich, soweit die dingliche Sicherung reiche und zieht zum anderen daraus den „für den Verkehr unentbehrlichen Schluß", daß der beim Kaufvertrag beharrende Vorbehaltsverkäufer eine Geschäftsabwicklung „nach den Sätzen der Pfandvertretung" vornehmen dürfe. Zugleich damit, so muß infolge der unzweideutigen Fassung wohl angenommen werden, lehnt aber Jaeger die freie Verwertung der Kaufsache durch den Vorbehaltsverkäufer ab.

Im Ergebnis ist Jaeger, soweit er dafür eintritt, daß der Vorbehaltsverkäufer ohne gerichtliches Verfahren im Konkurse des Käufers Verwertung der Kaufsache betreiben dürfe, zuzustimmen; nicht aber darin, daß er den Verkäufer nur nach den Sätzen der Pfandverwertung (§§ 1233 ff.) Befriedigung suchen lassen will. Dies ergibt sich aus folgenden Gründen: Kraft seines Eigentums hat der Verkäufer im Falle des Eigentumsvorbehalts ein Absonderungsrecht. Aber der Vergleich des Eigentumsvorbehalts mit dem Pfandrecht kann sich nur auf ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht erstrecken, weil der Kauf unter Eigentumsvorbehalt und in ihm, bei der Erfüllung, die aufschiebend bedingte Beibehaltung des Eigentums zur Sicherung des Verkäufers bis zur Zahlung des Kaufpreises gleichfalls durch ein Rechtsgeschäft zustandekommt. Daher also muß der Vorbehaltsverkäufer einmal befugt sein, sich im Konkurs des Käufers aus der Kaufsache ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen. Dies gilt unbedingt. Dem steht nicht entgegen, daß die Kaufpreisforderung im ganzen oder in Raten zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens etwa nach dem Vertrag noch gar nicht fällig ist. Denn die obligatorische Kaufpreisforderung ist im Konkurs des Käufers als Konkursforderung zu betrachten und daher im Konkurse, auch wenn sie im Einzelfalle normalerweise betagt gewesen wäre, fällig. § 65 Abs. 1 KO. Trifft dies aber zu, so muß der Verkäufer aus der Fälligkeit seiner obligatorischen Kaufpreisforderung, und zwar ohne vom Kaufvertrag zurücktreten zu müssen und ohne daß der Käufer im Verzug wäre, natürlicherweise dadurch Nutzen ziehen können, daß er die für sie bestellte dingliche Sicherheit verwertet. Dies geht auch aus § 1228 Abs. 2 hervor, dessen analoger Anwendung in diesem speziellen Falle auch auf den Eigentumsvorbehalt

---

Weigert, Anm. hierzu, sowie Kernert S. 30 ff. — Abweichend in Bezug auf die Sicherungsübereignung Fischer („Sicherungsübereignung", 1908) S. 78 und Max Wolff in J.W. 30, 1473, welcher nur den Abs. 2 des § 127 KO. analog anwenden will.

[42]) So R.G. 62, 232; 58, 19; Voß in Z.Z.P. 34, 193 und D.J.Z. 05, 354.

[43]) § 48 KO. Anm. 13; § 26 KO. Anm. 15 a. E.

nichts im Wege stehen dürfte. Gleichermaßen hat die Fälligkeit der Kaufpreisforderung gemäß § 65 Abs. 1 KO. auch zur Folge, daß der Verkäufer nunmehr, nachdem der Käufer etwa auch im Verzug ist (§ 284), vom Kaufvertrag zurücktreten und die Sache zurück- bezw. herausverlangen kann. §§ 346 ff., 455. Dies müßte auch dann gelten, wenn die Kaufpreisforderung außerdem auf Grund des Vertrages während des Konkursverfahrens fällig geworden wäre und der Verkäufer den Käufer alsdann, soweit nötig, (§ 284 Abs. 2), in Verzug gesetzt hätte. Aber der Rücktritt hat nicht etwa zur Folge, daß der Verkäufer nun aussonderungsberechtigt wäre. Denn nach § 1 KO. umfaßt das Konkursverfahren das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört. Hatte aber der Verkäufer zu dieser Zeit noch nicht in berechtigter Weise den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt, so war der Käufer, da der Kaufvertrag noch bestand, zu diesem Zeitpunkte noch Eigenbesitzer der Kaufsache und mithin „gehörte" sie ihm, wie gezeigt, auch noch im Sinne des § 1 KO. Wenngleich nun aber der Verkäufer zurückgetreten sein sollte und infolgedessen keine Kaufpreisforderung mehr besteht, für die der Eigentumsvorbehalt im eigentlichen zur Sicherung bestellt worden ist, so ist er gleichwohl noch absonderungs- und daher, soferne der Verwalter des Käufers ihm aus diesem Grunde und zu diesem Zwecke die Sache herausgegeben hat, auch verwertungsberechtigt. Allein die Absonderung und Verwertung kann natürlicherweise jetzt nicht mehr für die Kaufpreisforderung oder etwa für die Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages betrieben werden. An ihre Stelle tritt aber automatisch der Schadensersatzanspruch des Verkäufers wegen Nichterfüllung der aus dem Rücktritt entstandenen neuen obligatorischen Vertragsverbindlichkeiten, sofern der Verwalter den ihm nach §§ 346 ff. (§§ 347, 989) obliegenden Verpflichtungen nicht nachkommt. Denn, wie zweifelsohne angenommen werden kann, ging — wofür insbesondere auch wirtschaftliche Gesichtspunkte sprechen — der Vertragswillen beider Parteien (unter Anwendung der in §§ 133, 157, 242 ausgesprochenen Grundsätze) auch dahin, daß der Eigentumsvorbehalt erforderlichenfalles Sicherung nicht nur für die Kaufpreisforderung, sondern für alle direkt oder indirekt aus dem (durch den Rücktritt an sich zwar vernichteten) Kaufverhältnis entspringenden sicherungsfähigen Ansprüche bedeuten solle. Dies muß umsomehr angenommen werden, als der Rücktritt und mithin auch seine möglichen Folgen in § 455 von vornherein vorgesehen ist. — Der Verwalter wäre an und für sich in der Lage, nach erklärtem Rücktritt den Pflichten aus §§ 346 ff. nachzukommen. Denn dadurch, daß der Rücktritt dem Verwalter erklärt ist, wird ja ein neues Vertragsverhältnis geschaffen, welches von beiden Seiten noch nicht erfüllt ist. Mithin findet der § 17 KO. darauf Anwendung, und zwar auch dann, wenn der Rücktritt nach Konkurseröffnung erfolgt ist. Jaeger[44]) begründet dies mit Recht damit, daß, sofern im Vorbehalt des Rücktrittsrechtes eine aufschiebend bedingte Begründung des gegenseitigen (Rücktritts-) Schuldverhältnisses liege, auch für den Fall seiner Ausübung während des Konkurses der § 17 KO. Anwendung auf dieses neue Schuldverhältnis finden müsse. Auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt trifft aber diese Voraussetzung zu. Auch das Reichsgericht, das allerdings eine Einschränkung dahin macht, das Rücktrittsschuldverhältnis entstehe erst dann, wenn das Rücktrittsrecht infolge des Verzugs des Käufers eintrete[45]), nimmt einen ähnlichen Standpunkt ein.

Freilich hat nun auf Grund dieses neuen Vertragsverhältnisses der Verkäufer aber nicht etwa das absolute Recht, vom Verwalter jetzt die Herausgabe zur Aussonderung zu verlangen und auch nicht die Möglichkeit, in dieser Richtung unbedingt ein obsiegendes Urteil zu erhalten. Denn sobald der Verwalter die Erfüllung ablehnt, tritt — unbeschadet der Absonderung — gemäß § 26 KO. an die Stelle des Erfüllungsanspruchs der oben bezeichnete Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (nach Maßgabe der §§ 346 ff.), der im Konkurse nur als Konkursforderung geltend gemacht werden kann und nach § 193 KO. von einem Zwangsvergleich ergriffen wird[46]).

---

[44]) § 17 KO. Anm. 19.
[45]) R.G. L.Z. 15, 217 Nr. 17 (Urteil vom 7. 11. 14).
[46]) So R.G. L.Z. 15, 217 Nr. 17; R.G. 63, 307 ff.; 79, 211 ff.; R.G. Gruch. 50, 1121; Jaeger § 17 Anm. 45; § 193 Anm. 4.

Zu erwähnen ist noch, daß, sofern der Verwalter das Rücktrittsvertragsverhältnis nicht erfüllt, der Verkäufer selbstverständlich nicht verpflichtet ist, etwa geleistete Anzahlungen zurückzuerstatten. §§ 346, 348. Dies muß auch dann gelten, wenn der Verwalter die Kaufsache dem Verkäufer nur zur besseren Verwertung innerhalb der Absonderung herausgegeben hat. Denn in diesem Falle kann nicht davon gesprochen werden, daß der Verwalter der Pflicht im Sinne des § 346 durch die bloße Herausgabe der Sache zur Verwertung Genüge getan habe. Abgesehen hiervon wäre der Verkäufer aber auch berechtigt, mit seinem ja auch dann bestehenden Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der Rücktrittsverbindlichkeiten gemäß § 387 ff. gegen den etwaigen Rücktrittserstattungsanspruch des Verwalters Aufrechnung zu üben.

Ein Aussonderungsrecht hätte der Vorbehaltsverkäufer nur dann, wenn er schon vor Eröffnung des Konkursverfahrens vom Kaufvertrag zurückgetreten gewesen wäre. Denn alsdann wäre der Eigenbesitz des Käufers z. Zt. der Eröffnung des Konkursverfahrens schon zerstört gewesen.

Neben dem Recht, sich aus der Kaufsache im Konkurs des Käufers unter den geschilderten Voraussetzungen und auf die bezeichnete Weise ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen, hat der Verkäufer aber des weiteren und in der Folge auch das Recht (also nicht die Pflicht), dies in freier Weise zu tun. Es ergibt sich dies ohne weiteres daraus, daß ja der Verkäufer noch Eigentümer[47]) der Kaufsache ist. Infolgedessen finden auf ihn die §§ 1233 ff. keine Anwendung. Die Verwertung „in freier Weise" wird der Verkäufer am besten so vornehmen, daß er die Kaufsache an einen Dritten weiterveräußert. Ist er vom Kaufvertrage zurückgetreten und hat er die Sache in der Folge wieder in seinen unmittelbaren Besitz bekommen[48]), so kann die Veräußerung im Wege des § 929 oder auch des § 930 vonstattengehen. Trifft dies nicht zu, so ist eine Veräußerung nach § 931 möglich. Erzielt der Verkäufer hierbei einen Übererlös, was bei dieser Art der Verwertung am ehesten möglich ist, so hat er ihn dem Konkursverwalter herauszugeben. Im umgekehrten Falle hat er das Recht aus § 64 KO., da der Käufer für die Ansprüche aus §§ 346 ff. wie aus dem früheren Kaufpreisanspruch gleichermaßen persönlich haftet.

Tritt der Vorbehaltsverkäufer nicht ausdrücklich vom Kaufvertrag zurück, so bleibt dieser trotz der Absonderung bestehen[49]). Auf die den Vorbehaltsverkäufer jedoch aus § 64 KO. treffende Einschränkung beim Einfordern des Kaufpreises ist schon hingewiesen worden. Zu beleuchten ist nur noch die Frage, ob etwa aus § 161 Komplikationen eintreten können, wenn der Käufer später doch noch restlose und volle Zahlung leistet und so den Eintritt der Bedingung herbeiführt. Dies ist aber aus dem Grunde zu verneinen, weil die Veräußerung der Kaufsache während der Schwebezeit aber innerhalb des Konkursverfahrens, auch wenn sie vom Vorbehaltsverkäufer gemäß § 27 II KO. selber vorgenommen wurde, durchaus zu Recht geschehen ist. Dies muß aber zur Folge haben, daß — nach dem Sinne des § 161 — die getroffene Verfügung trotz Eintritts der Bedingung wirksam bleibt.

---

[47]) Gleichwohl muß er sich bei der Veräußerung im Innenverhältnis nach dem Grundsatze über Treu und Glauben richten. Vgl. hierzu R.G. 59, 191; Warneyer Rechtsprechung 1914 Nr. 7.

[48]) Damit dies geschehe, braucht der Verkäufer aber nicht vom Kaufvertrage zurückzutreten. Vermöge des Prinzips der freien Verwertung allein ist der Käufer (Verwalter) verpflichtet, dem Verkäufer die Kaufsache zu diesem Zwecke auf Verlangen herauszugeben. Will der Verkäufer nicht frei verwerten, so kann er Herausgabe der Kaufsache an einen Gerichtsvollzieher verlangen, damit dieser zur öffentlichen Versteigerung nach Maßgabe der §§ 1235, 383 Abs. III schreite.

[49]) Das Zurückfordern der Kaufsache durch den Verkäufer bewirkt hierbei, wenn es nur zum Zwecke der Verwertung geschieht, keinen Rücktritt. (Vgl. hierzu oben § 5. II, 3 und 4; die dort gemachten Ausführungen sind auf diesen Fall entsprechend anwendbar).

§ 9.

III. Die Stellung des Vorbehaltsverkäufers bei der Pfändung der Kaufsache während der Schwebezeit durch Dritte.

1. Bei der Untersuchung der Stellung des Vorbehaltsverkäufers bei der Pfändung der Kaufsache während der Schwebezeit durch Dritte muß davon ausgegangen werden, daß die Interventionsklage aus § 771 CPO. auf dem gleichen Rechtsgedanken beruht wie die Aussonderung im Konkurse. In ständiger Rechtssprechung nimmt denn auch das Reichsgericht diesen Standpunkt seit langem ein[1]). Ein Unterschied besteht lediglich insoferne, als die Aussonderung sich gegen die in speziellen Formen sich abwickelnde Generalexekution in das Vermögen des Gemeinschuldners richtet, während die Intervention des § 771 CPO. wider die Spezialexekution sich wendet[2]). In beiden Fällen konzentriert sich aber hierbei gleichermaßen das Interesse des Gläubigers auf die Freigabe eines oder mehrerer bestimmter Gegenstände. Mit Recht sagt daher auch Rosenberg[3]), die Klage aus § 771 CPO. habe denselben korrelativen Zweck wie das Aussonderungsrecht im Konkurs, und Max Wolff[4]) spricht von einem „notwendigen Parallelismus" der aus § 771 CPO. sich ergebenden Rechte. Auch die herrschende sogen. prozeßrechtliche Auffassung, wonach, entgegen der abgelehnten sogen. privatrechtlichen Auffassung, die Widerspruchsklage w i e die Klage aus § 43 KO. nicht nur dinglich Berechtigten sondern ebenso wie die Aussonderung auch gewissen nur obligatorisch Berechtigten zusteht, soferne die Zwangsvollstreckung einen Übergriff über das Vermögen des Schuldners hinaus darstellt[5]), wird dieser Ansicht gerecht. — Kraft dieser inneren Verwandschaft liegt daher insbesondere und ohne weiteres der Schluß nahe, daß der im vorigen § 8 gewonnene für die Aussonderung geltende maßgebende Begriff vom dem Gemeinschuldner „gehörigen" Gegenstand inhaltlich mit dem eines die „Veräußerung hindernden Rechtes" im Sinne des § 771 im Einklang sich befindet und infolgedessen auch für die Widerspruchsklage des § 771 CPO. Geltung haben muß.

Für diesen Gedankengang spricht auch die Entstehungsgeschichte der Zivilprozeß-Ordnung. Denn mit einem „die Veräußerung hindernden Rechte" hat der Gesetzgeber bei der Schaffung dieses Gesetzes nichts anderes gemeint als e i n d e r Z w a n g s v o l l s t r e c k u n g e n t g e g e n s t e h e n d e s R e c h t, ohne allerdings dabei anzudeuten, was er unter einem solchen Rechte verstanden wissen will[6]).

In der Tat geht hiervon auch die Meinung einer in Wissenschaft und Rechtssprechung nicht erst seit heute, wie Max Wolff meint[7]), vielfach verfochtenen Lehre aus. Denn Stein-Jonas[8]), einer ihrer Hauptvertreter, z. B. sagt: ob ein Recht den bezeichneten (die Veräußerung hindernden) Charakter habe, sei (grundsätzlich) aus seiner m a t e r i e l l r e c h t l i c h e n Natur und Wirksamkeit zu entnehmen, wobei aber nicht sowohl das formaljuristische Moment als die wirtschaftliche Zugehörigkeit zum Vermögen entscheide[9]).

---

[1]) R.G. 45, 80; 79, 121; J.W. 1890, 373; Band 84, 214; 91, 13 ff. — S t e i n - J o n a s (§ 771 CPO. Anm. I) spricht von einem praktischen Bedürfnis der Analogie zu § 43 K.O.

[2]) So auch Kernert S. 23 ff.

[3]) Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechtes § 191 III 2, S. 616.

[4]) J.W. 30, 1472.

[5]) Vgl. Stein, Grundriß § 163 II; R.G. 18, 366; 58, 275; 84, 216; Stein-Jonas § 771 CPO. Anm. I; Förster-Kann § 771 CPO. Anh. 1; Hellwig § 126 I; Rosenberg § 191 III, 8; Baumbach § 771 CPO. Anm. 1 H; Emmerich S. 427 ff.; Behrendt S. 59; Voß Gruch. 23, S. 32 (233); Seuff. Arch. 61, 253 Nr. 143; Petersen § 7071 CPO. Anm. I; Struckmann-Koch, Anm. zu § 771 CPO. — A. M. Frommhold (Die Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung, Breslau 1891) S. 222 ff., 241, 248; Westerburg in Gruch. 23, 78 ff.; Falkmann S. 1423; Pretsch Arch. Ziv. Prax. 68, 413 ff.; Kühne Gruch. 28, 497 (503).

Weitere Literatur bei Stein-Jonas a. a. O. Note 9.

[6]) Vgl. hierzu Max Wolff J.W. 30, 1470; R. Sohm 57 Anm. 3; Von Schrutka-Rechtenstamm 81 ff.

[7]) A. a. O. S. 1474.

[8]) § 771 CPO. Anm. II 1.

[9]) Ebenso besonders Förster-Kann § 771 CPO. Anm. 3 b; Baumbach § 771 CPO. Anm. 4 und vor allem das R e i c h s g e r i c h t in Band 84, 216–218; 91,

2. Freilich geht die oben (vgl. Anm. 8 und 9) mitgeteilte Lehre auch hier wieder davon aus, daß das Vorhandensein einer materiell-wirtschaftlichen Zugehörigkeit eines Gegenstandes zu jemandens Vermögen durch das Vorliegen eines Treuverhältnisses der (in § 8 schon) gekennzeichneten Art bedingt werde[10]). Auch Max Wolff macht sich vom Treugut nicht frei[11]).

Allein auch im Falle der Widerspruchsklage, die, wie hervorgehoben, ihrem inneren Wesen nach mit der Aussonderung eng verwandt ist, kann diese ungerechtfertigte Einschränkung nicht durchdringen. Vielmehr ist sie auch bei ihr aus den infolgedessen gleichermaßen auf sie entsprechend verwertbaren gleichen Gründen abzulehnen. Mithin ist aber auch bei der Widerspruchsklage die materiellwirtschaftliche Zugehörigkeit eines Gegenstandes, und zwar einer — im Rahmen dieser Arbeit allein im Kreise der Betrachtung stehenden — beweglichen Sache in der in § 8 schon hervorgehobenen Begrenzung, zum Vermögen einer Person dann gegeben, wenn diese berechtigter Eigenbesitzer desselben in der in §§ 7, 8 dargelegten Weise geworden ist[12]). Wie nachgewiesen (§§ 7 und 8), ist aber der Vorbehaltskäufer, solange die Schwebezeit geht, berechtigter Eigenbesitzer der Kaufsache und daher auch insolange Inhaber der materiellwirtschaftlichen Zugehörigkeit. Er kann also nach der hier vertretenen Ansicht, entsprechend seiner Aussonderungsbefugnis im Konkurs des Verkäufers, auf Grund dieser materiellwirtschaftlichen Zugehörigkeit der Kaufsache zu seinem Vermögen während der Schwebezeit Widerspruchsklage erheben, soferne die Kaufsache während dieser Zeit von Gläubigern des Verkäufers gepfändet wird[13]).

Nicht aber steht infolgedessen dem Vorbehaltsverkäufer die Widerspruchsklage wegen der bloß formaljuristischen Zugehörigkeit der Kaufsache zu seinem Vermögen während der Schwebezeit zu; denn, wie wir gesehen haben, ist bei der Widerspruchsklage wie im Konkurse nicht entscheidend die formaljuristische Zugehörigkeit, also das Eigentum im Sinne des § 903, sondern eben die materiellwirtschaftliche Zugehörigkeit im bezeichneten Sinne. Wie im Konkurse ist die letztere auch im Falle des § 771 CPO. der ersteren übergeordnet. Ist daher ein Eigentümer zugleich Eigenbesitzer, so steht ihm die Widerspruchsklage gleich wie das Aussonderungsrecht nicht wegen seines Eigentums, sondern als Folge des Eigenbesitzes zu[14]).

---

13 auf 14 und den weiteren eingangs schon zitierten Entscheidungen, sowie Max Wolff a. a. O. S. 1470 ff., besonders S. 1474 unten. A. M. in Bezug auf die Maßgeblichkeit der wirtschaftlichen Zugehörigkeit Sohm S. 55 ff., besonders S. 75 ff. (78), 151, 165 und Kernert S. 12 und J.W. 30, 2763 ff.

[10]) Vgl. die zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts und auch hier besonders R.G. 84, 216 auf 218; 91, 13 auf 16.

[11]) A. a. O. S. 1474 und Zeitschrift der Anwaltskammer Breslau 1928, 41 ff.

[12]) Daß dieser Begriff von der Vermögenszugehörigkeit ein durchaus juristischer ist, wurde schon gesagt. Denn Besitz ist nach herrschender Ansicht nicht nur eine Tatsache, sondern, sofern der Inbegriff der an die Sachherrschaft oder ihr gleichgestellten Tatbestände geknüpften Rechte in Frage steht, ein subjektives Recht (vgl. bes. Wolff § 3, III). Den Ausführungen Kernerts in J.W. 30, 27 63 ff. und in den Studien S. 13, 27 kann also insoweit nicht beigestimmt werden, als sie Besitz offenbar nur als etwas bloß Wirtschaftliches betrachten und daher die Widerspruchsklage verneinen. Keine Lösung bedeutet daher aber auch die Scheidung Kernerts der wirtschaftlichen Vorteile aus einer Sache in die des Gebrauchs und des Wertes.

[13]) So auch im Ergebnis mit Recht in Bezug auf die Sicherungsübereignung zu Gunsten des Sicherungsgebers, weil der Sicherungsgegenstand zum Vermögen des Sicherungsgebers gehöre, Max Wolff a. a. O. S. 1474 unten und Stein-Jonas § 771 CPO. Anm. II 1 sowie O.L.G. Breslau J.W. 26, 848, die beiden letzteren aber mit der Beschränkung auf Treuhandverhältnisse in dem bekämpften Sinne, wozu sie die Sicherungsübereignung nicht zählen.

[14]) So im Ergebnis wieder Max Wolff hinsichtlich der Sicherungsübereignung a. a. O. S. 1474 unten und O.L.G. Breslau J.W. 26, 848 Nr. 15. Max Wolff hat u. a. den (richtigen) Satz geprägt, die CPO. habe nichts mit dinglichen Wirkungen von Rechten zu schaffen, sondern nur mit der Vermögenszugehörigkeit von Gegenständen. — Ebenso in Beziehung auf die Sicherungsübereignung sagt Brons in J.W. 28, 1785, der Sicherungsnehmer habe nur dann die Widerspruchsklage, wenn er nicht nur das formale Eigentum habe,

Infolgedessen muß die herrschende Meinung, die dem Vorbehaltsverkäufer ganz allein auf Grund seines formaljuristischen Eigentums im Sinne des § 903 die Interventionsklage gewährt[15]), abgelehnt werden.

3. Die Folgen, die die hier vertretene Auffassung nun zeitigen muß, sind[16]), wie im Konkurs des Käufers, durchaus billigenswerte.

a) Denn hat nun zwar der Verkäufer kein Widerspruchsrecht nach § 771 CPO., so steht ihm doch der § 805 CPO., der zu § 48 KO. ebenso wie § 771 CPO. zu § 43 KO. die entsprechende Vorschrift ist[17]), zur Seite, wonach ein Dritter, welcher sich nicht im Besitze der Sache befindet, der Pfändung derselben zwar nicht auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechtes widersprechen, aber doch seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse im Wege der Klage geltend machen kann, ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig ist oder nicht. Andererseits, und dies ist besonders Bauer-Mengelsberg[18]) entgegenzuhalten, erhält auch der pfändende Gläubiger besonders in Fällen, in denen der Käufer schon größere Anzahlungen geleistet hat, so die Möglichkeit, Befriedigung zu erlangen. Mit dem Anfechtungsgesetz oder § 138 wird dem Gläubiger hingegen in den Regelfällen nicht geholfen werden können. Eine Übertreibung des Schuldner- und Kreditschutzes zum Nachteil der Allgemeinheit ist gleichfalls nicht billigenswert.

Der Grund nun, der dazu führt, den § 805 CPO. auf den Vorbehaltsverkäufer anzuwenden, ist derselbe, der im Konkurs schon zur Anwendung der Absonderungsgrundsätze geleitet hat. Es kann daher zur Begründung auf die dort gemachten Ausführungen Bezug genommen werden. Außerdem würde aber nichts entgegenstehen, den § 805 CPO. auch deshalb auf den Eigentumsvorbehalt zu verwenden, weil man in ihm ein Vorzugsrecht im Sinne des § 805 CPO. erblickt[19]). Insbesondere die Worte Hellwigs, wonach es sich bei einem Vorzugsrecht im Sinne des § 805 CPO. um einen keinesfalls festbegrenzten Begriff handeln soll, sondern um einen solchen, der organisch fortzuentwickeln sei nach dem im Gesetze enthaltenen Grundsatze, können ohne Zweifel für den Eigentumsvorbehalt mit gleichem Recht wie für die Sicherungsübereignung Geltung beanspruchen.

b) Besonders wichtig ist nun auch hier wieder die Frage, in welcher Art der Vorbehaltsverkäufer vorzugsweise Befriedigung sich zu verschaffen vermag. — Soferne durch Natur und Beschaffenheit der Kaufsache ein ausreichender Erlös zu erwarten steht, kann er die von dem pfändenden Gläubiger betriebene Versteigerung abwarten und alsdann gegen diesen seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung, gegebenenfalles auch im Wege der Klage[20]), geltend machen. Hat der Ersteigerer dem Pfandgläubiger schon Zahlung geleistet, so hat nach der wohl herrschenden Meinung[21]) der Dritte, hier der Vorbehaltsverkäufer, gegen diesen nicht mehr den Anspruch und die

---

sondern die Sache auch zu seinem „Hab und Gut" gehöre. Was er darunter verstanden haben will, äußert er jedoch nicht. Offenbar schwebt ihm aber die materiellwirtschaftliche Zugehörigkeit der Sache zum Vermögen vor.

[15]) Vgl. z. B. Rühl S. 163 ff.; Etzold S. 7; Prinz S. 15; Stein-Jonas § 771 CPO. Anm. I 1a Note 37a und 37b; Förster-Kann § 771 CPO. Anm. 3b; Soergel § 930 Anm. 5a; Franck S. 21; Weiße S. 39, 64; Jaffe S. 50; Wagener S. 18; Kunze S. 36; Guyet S. 39; Poeschel S. 27; Caspari S. 61.

[16]) Entgegen Rühl S. 164; Weigert J.W. 26, 63 und Etzold S. 7.

[17]) Vgl. Kernert S. 24 und 35.

[18]) J.W. 30, 2911.

[19]) Für die Anwendung des § 805 CPO. auf die Sicherungsübereignung aus diesem Grunde: Hellwig („Gläubigernot") S. 154, „Recht und Wirtschaft" 1911 S. 31; Lewin J.W. 12, 118 ff.; Nord J.W. 15, 189; Rosenberg § 191 III 2b; O.L.G. München in O.L.G. 33, 100; Max Wolff a. a. O. S. 1474; Kernert J.W. 30, 2763 und Studien S. 55 sowie offenbar auch Höniger J.W. 27, 717 ff. Der gleichen Meinung auf dem Gebiet des Steuerrechtes: R.F.H. Band 19, 126 (Gutachten vom 8. 6. 26). — A. M. die herrschende Lehre.

[20]) Klageantrag und Urteil: „Der Kläger ist vor dem Beklagten aus dem Reinerlös zu befriedigen." Vgl. Baumbach § 805 CPO. Anm. 4.

[21]) Die wohl auch für den Fall, daß der Verkäufer keine Interventionsklage, sondern die Rechte aus § 805 CPO. hat, entsprechend verwendbar ist. Einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung gegen den Pfandgläubiger hat der Verkäufer nach der hier vertretenen Ansicht aber nicht, da der Pfandgläubiger ein Pfändungspfandrecht erwirbt (vgl. unten § 10).

Klage aus § 805 CPO., sondern Rechte aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß §§ 812 ff.[22]). Dieser Ansicht, die Bereicherungsansprüche aus §§ 812 ff. gewährt, steht eine zweite und richtige gegenüber, nach welcher der Vorbehaltsverkäufer, wenn der Erwerber den Erlös schon an den Pfandgläubiger gezahlt hat, gemäß § 1247 kraft seines formaljuristischen Eigentums Vorbehaltseigentümer des Erlöses wird. Geht das Eigentum des Vorbehaltsverkäufers an den Geldstücken hierbei durch untrennbare Vermengung unter, §§ 948, 947, so hat er den Bereicherungsanspruch aus § 951[23]). Aber mit Rücksicht darauf, daß der Vorbehaltsverkäufer vorher nicht gemäß § 771 CPO. intervenieren sondern nur die Rechte aus § 805 CPO. geltend machen konnte, kann er für den Fall, daß noch keine untrennbare Veranlagung stattgefunden hat, nicht den ganzen Erlös gegebenenfalles, sondern nur seinen Kaufpreis-(Rest)anspruch vindicieren. Die zufolge des § 805 CPO. schon vorher bestandene Fälligkeit kann natürlich nicht wieder durch die Zahlung an den Pfandgläubiger aufgehoben werden.

In der Regel wird es aber nicht zutreffen, daß ein alle Teile befriedigender Erlös sicher zu erwarten ist; und zwar dies auch dann, wenn das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Schuldners oder Gläubigers, als welcher auch der Vorbehaltsverkäufer zu betrachten wäre, die freiere Verwertung der gepfändeten Sache nach § 825 CPO. anordnen sollte. Hier muß dem Vorbehaltsverkäufer geholfen werden, und es kann ihm auch geholfen werden; nämlich dadurch, daß man die Vorschrift des § 127 KO. entsprechend auf die Zwangsvollstreckung auch außerhalb des Konkurses zu Gunsten des Vorbehaltsverkäufers anwendet! Zufolge seines formaljuristischen Eigentums, das, wie in § 8 schon dargelegt, weiter reicht als ein bloßes Pfandrecht, ist demnach auch hier der Vorbehaltsverkäufer befugt, sich aus der Kaufsache ohne gerichtliches Verfahren vorweg zu befriedigen, und er ist in der Folge, aus den gleichen Gründen wie im Konkurs des Käufers, des weiteren auch berechtigt, dies in freier Weise zu tun. Dadurch wird der Vorbehaltsverkäufer in die Lage versetzt[24]), bei einer Pfändung der Kaufsache durch einen Gläubiger des Käufers die Kaufsache zu seiner Befriedigung frei an einen Dritten weiterzuveräußern. Es liegt auf der Hand, daß, soferne er es geschickt anfaßt, immerhin ein hohes Maß von Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß ihm dies gelingen wird[25]).

Diese Lösung wird aber nicht nur dem Vorbehaltsverkäufer, sondern auch dem Gläubiger des Käufers gerecht, der sonst oft nicht wüßte, wie er sich Befriedigung verschaffen soll; zumal dann, wenn, wie schon hervorgehoben, der Käufer einen nicht unerheblichen Teil der Kaufschuld schon bezahlt hat und somit Aussicht für den Gläubiger bestünde, gleichfalls Befriedigung zu erhalten. Zu beachten ist des ferneren noch, daß es sich beim Käufer in der Regel dann um eine zahlungsunfähige Person handeln wird,

---

[22]) So besonders R.G. 119, 269; 60, 101; 40, 288; 43, 178; R.G.J.W. 06, 15 ff.; Staudinger § 816 Bem. 2; Baumbach § 805 CPO. Anm. 4; Stein-Jonas § 771 CPO. Anm. VII 4; Förster-Kann § 771 CPO. Anm. 10; O.L.G. 26, 388; Neumann (Handausgabe des BGB. 1912) § 816 Note 2; Planck zu § 816; Neumann, Jahrb. Band 3, 1 S. 331 zu § 816; Neukamp, Handkomm. zur CPO. § 803 Anm. B. 10; Schöninger Seuff. Bl. 05 S. 686; Frank S. 35; J.W. 06, 15 (Schöninger); weitere Literatur bei Emmerich (Pfandrechtskonkurrenzen) S. 444, Anm. 381.

[23]) So Rühl S. 165 und die von ihm daselbst, Anm. 9 und 10, Zitierten; ferner Kohler (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, 1) S. 454; Recht 06 Nr. 1639 S. 687; vgl. auch Oertmann Arch. Ziv. Prax. Band 96, 42 ff.; Seuff. Arch. 50 Nr. 172 u. a. m.

[24]) Nach Maßgabe der schon in § 8 entwickelten auch hier geltenden Grundsätze.

[25]) Man gelangt dadurch zu einer Lösung, die im Erfolg der in der Schweiz bestehenden nahekommt. Dort hat im Anschluß an eine Entscheidung des Bundesgerichtes dieses in dem Kreisschreiben Nr. 29 vom 31. 3. 1911 (ergänzt am 11. 5. 1922) in seiner Eigenschaft als Aufsichtsinstanz für Schuldbetreibung und Konkurs bestimmt, die für Pfändung und Verwertung gepfändeter Sachen geltenden Bestimmungen, wonach u. a. die Betreibung dahinfällt, wenn auch bei einer zweiten Versteigerung die Höhe des Kaufpreisrestes nicht erreicht wird, hätten auch auf den Eigentumsvorbehalt Anwendung zu finden. (Mitgeteilt von Rühl S. 164/165).

wenn er es überhaupt zur vollen Durchführung der Zwangsvollstreckung kommen läßt. Alsdann wird er aber auch dem Vorbehaltsverkäufer zur gegebenen Zeit höchstwahrscheinlich keine Zahlung leisten und in den meisten Fällen wird dem Vorbehaltsverkäufer damit schlecht gedient sein, später — bei Verzug des Käufers — vom Kaufvertrag evtl. zurückzutreten und die in der Regel minderwertiger gewordene Kaufsache zurückzuverlangen sowie die Anzahlung zurückzuerstatten.

Nach § 127 Abs. 2 KO. kann der Gläubiger, der hier entsprechend die Funktion des Konkursverwalters übernimmt[26]), dem Vorbehaltsverkäufer durch das Vollstreckungsgericht, welches ebenso entsprechend an die Stelle des Konkursgerichtes tritt, auf seinen Antrag, soferne das Vollstreckungsgericht zustimmt, eine Frist zur Verwertung des Kaufgegenstandes bestimmen lassen. Läßt der Vorbehaltsverkäufer die etwa gesetzte Frist, die angemessen festzusetzen sein wird, verstreichen, so kann jetzt der Gläubiger selber nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung im Sinne der CPO. die Verwertung betreiben, § 127 Abs. 1 KO.[27]). In diese entsprechende Funktion des Verwalters kann der Pfandgläubiger natürlicherweise aber erst eintreten, nachdem er einen Vollstreckungstitel erlangt hat.

c) Entsprechend anwendbar ist des ferneren aber auch § 1 KO., wonach das Konkursverfahren das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm z. Zt. der Eröffnung des Verfahrens gehört, umfaßt. Demnach hat der Vorbehaltsverkäufer dann den Anspruch auf „nur" vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös, wenn der Käufer im Augenblick der Pfändung noch Eigenbesitzer der Kaufsache gewesen ist; also solange, als durch den (berechtigten) Rücktritt des Vorbehaltsverkäufers vom Kaufvertrag die Bedingung noch nicht ausgefallen ist und mithin die Zeit der Schwebe noch nicht aufgehört hat. War der Vorbehaltsverkäufer zu dem fraglichen Zeitpunkt schon zurückgetreten, so kann er intervenieren. Will er es nicht, so kann er sich gleichwohl auf die Rechte aus § 805 CPO., so er es für besser hält, berufen, da die Rechte aus § 805 CPO. im Vergleich zu denen aus § 771 CPO. an sich sicher solche minderen Grades sind.

d) Alsdann wird aber auch, wenn sie es nicht schon vorher war, die Kaufpreisforderung des Vorbehaltverkäufers mit der Pfändung der Kaufsache durch einen Dritten, wie schon hervorgehoben, fällig, sofern man ihm — nach der hier vertretenen Ansicht — nicht die Interventionsklage, wohl aber die Klage auf vorzugsweise Befriedigung im Sinne des § 805 CPO. gewährt. Dies ist zwar in § 805 CPO. nicht deutlich ausgesprochen, es kann aber seinem Sinne entnommen werden, sodaß man gar nicht die analoge Anwendbarkeit des § 65 Abs. 1 KO. in diesem Falle zu prüfen braucht. Denn wollte man die Fälligkeit der Forderung verneinen, so wäre es nicht recht begreiflich, wie man dann andererseits dazu gelangt, dem Vorbehaltsverkäufer ein Befriedigungsrecht einzuräumen. Aber einen gewissen Nachteil bringt diese nicht vertraglich vorgesehene Fälligkeit für den Vorbehaltsverkäufer doch mit sich; insoferne, als er sich dann, wenn die Kaufforderung, wie wohl in der Regel, unverzinslich gewesen ist, den Zwischenzins unter analoger Anwendung der §§ 1133, 1217 Abs. 2[28]) und wohl auch des § 65 Abs. 2 abziehen lassen muß.

Wie im Konkurs kann daher der Vorbehaltsverkäufer auch bei der Einzelvollstreckung den Käufer in Verzug setzen und, so er es bei der an den Rücktritt wie Nichtrücktritt ebenso wie im Konkurs sich knüpfenden entsprechenden Rechtslage für ratsam hält, vom Kaufvertrage zurücktreten oder dabei verharren. Tut er das eine oder das andere, so ist unter analoger Anwendung des § 1247, wenn der Vorbehaltsverkäufer selber die Versilberung betreibt, der aus dieser herrührende Erlös entweder, wenn ein Rücktritt nicht erfolgt ist, auf den Kaufpreis bezw. Schadensersatzanspruch wegen

[26]) Natürlich ohne zu freier Veräußerung oder zur Veräußerung nach Maßgabe der Vorschriften über den Pfandverkauf, §§ 1233 ff., berechtigt zu sein.

[27]) Eine freiere Verwertung will Kernert, S. 51, für den Sicherungsgläubiger unzulässigerweise damit begründen, daß dieser ja ein Wertrecht ähnlich dem Pfandrecht habe. Einem solchen kann aber diese Kraft nicht innewohnen.

[28]) So Stein-Jonas § 805 CPO. Anm. IV 2; Baumbach § 805 CPO. Anm. 5; Falkmann S. 143. — A. M. Förster-Kann § 805 CPO. Anm. 1 b, a a, der nur Hinterlegung gewähren will.

Nichterfüllung des Kaufvertrages oder, bei erfolgtem Rücktritt, auf den Schadensersatzanspruch aus dem Rücktrittsvertragsverhältnis unmittelbar anzurechnen. Endgültige Herausgabe der Sache nämlich an den Verkäufer, außer zum Zwecke der Verwertung, ist schon wegen des Pfandrechtes (vgl. hierzu § 10) des dritten Gläubigers nicht möglich. Überläßt der Vorbehaltsverkäufer die Verwertung der Kaufsache dem Gläubiger, so ist, da dieser ja nur nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung eine solche herbeiführen kann, neben dem § 1247 noch § 819 CPO. zu beachten.

e) Schließlich sei noch bemerkt, daß das Recht auf vorzugsweise Befriedigung im Sinne des § 805 CPO. (als Folge des auf den Eigentumsvorbehalt selbst analog anzuwendenden § 1209 und des § 804 Abs. 3 CPO.) allen den übrigen Pfandrechten, gesetzlichen (§ 1257), vertraglichen wie auch Pfändungspfandrechten, die zu Gunsten von Gläubigern des Käufers an der Kaufsache bestehen (unbeschadet der Vorschriften der §§ 1207, 1208) vorgeht, da ja der Eigentumsvorbehalt von vornherein besteht[29]).

f) Auch durch Verjährung der Kaufpreisforderung geht das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus § 805 CPO. für den Vorbehaltsverkäufer nicht unter. Denn, wie nachgewiesen, bleibt der Eigentumsvorbehalt trotz Verjährung der Kaufpreisforderung bestehen. Aber gerade auf den Eigentumsvorbehalt und nicht auf die Kaufpreisforderung stützt sich das Recht auf vorzugsweise Befriedigung.

g) Hingegen hat dann, wenn der Eigentumsvorbehalt in irgend einer Weise untergegangen ist, sei es z. B. durch Veräußerung der Kaufsache durch den Käufer an einen gutgläubigen Dritten oder dadurch, daß der Käufer erlaubterweise, weil dazu ermächtigt, an einen Dritten weiterveräußert hat, der Vorbehaltsverkäufer das Recht aus § 805 CPO. nicht mehr (§§ 932 ff., § 185). Hat der Käufer ohne Ermächtigung an einen schlechtgläubigen Dritten weiterveräußert, so besteht das Eigentum und mit ihm naturgemäß das Recht auf vorzugsweise Befriedigung weiter. Nicht berührt werden die beiden Rechte von der bloßen Ermächtigung an den Käufer zum Weiterverkauf solange, als der Käufer von dieser Ermächtigung noch keinen Gebrauch gemacht hat[30]).

4. Eigentlich nicht hierher gehört das schon mehrfach erwähnte stark umstrittene Gutachten des Reichsfinanzhofes[31]), da es für die Bedeutung und Wirksamkeit der Sicherungsübereignung und dieser gleichkommender Rechtsfiguren bei Pfändung des Sicherungsgegenstandes durch Dritte nur auf dem Gebiete des Steuerrechts Geltung beansprucht. Allein es ist infolge seiner grundlegenden Einstellung wichtig genug, trotzdem eine weitergehende Beachtung zu finden, umsomehr, als es im Erfolge[32]) und zum Teil auch in der Begründung gerade der in dieser Arbeit von der Bedeutung und Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts auch außerhalb des Steuerrechtes bei der Pfändung der Kaufsache durch Dritte vertretenen Ansicht entspricht.

a) In dem besagten Gutachten des Reichsfinanzhofs wird nämlich ausgesprochen, der Sicherungsempfänger (bei der Sicherungsübereignung) habe gegenüber einer Vollstreckung wegen Steuerschulden des Sicherungsgebers an den Fiskus kein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des (inhaltlich mit den §§ 771 bis 774 CPO. übereinstimmenden) § 301 der Reichsabgabenordnung, sondern nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse im Sinne des § 319 Reichsabgabenordnung (inhaltlich überein-

---

[29]) Ein nachträglicher Eigentumsvorbehalt mit dinglicher Wirkung ist, wie dargelegt (vgl. § 7, I, 2), nicht möglich. Das Rangverhältnis nach Prioritätsgrundsätzen gilt auch dann, wenn man den Eigentumsvorbehalt bloß als Vorzugsrecht i. S. des § 805 CPO. betrachten wollte. Vgl. hierzu Stein-Jonas § 804 CPO. Anm. III, 4.

[30]) So im Ergebnis hinsichtlich der Gewährung der Widerspruchsklage Rühl S. 163 Anm. 1 und Riezler (Geschäfte des Buch- und Kunsthandels, in Ehrenbergs Handbuch V, 2 S. 104).

[31]) In Band 19, 126 ff. (vom 8. 6. 26) der Sammlung seiner Entscheidungen und Gutachten.

[32]) Aber nur soweit es seine Ausführungen auf das Steuerrecht beschränkt; denn für das Gebiet des bürgerlichen Rechtes billigt auch der Reichsfinanzhof (S. 127) dem Sicherungsempfänger die Widerspruchsklage aus § 771 CPO. zu.

stimmend mit § 805 CPO.). Dieselbe Meinung erstreckt der Reichsfinanzhof auch auf andere fiduziarisch ausgestaltete Kreditverhältnisse und in seinem Gutachten ist direkt gesagt, es komme namentlich auch der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt in Betracht. Im einzelnen begründet der Reichsfinanzhof seine Stellungnahme durch Bezugnahme auf die §§ 4 und 80 Abs. 1 Satz 1 der RAO. In § 4 a. a. O. heißt es:

„Bei Auslegung der Steuergesetze sind ihr Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen";

und in § 80 ist gesagt:

„Wer einen Gegenstand als ihm gehörig besitzt, wird im Sinne der Steuergesetze wie ein Eigentümer behandelt".

Aus der Bezugnahme auf die letztere Gesetzesstelle ist zu schließen, daß der Reichsfinanzhof, ohne allerdings dessen Begriff näher bezw. überhaupt zu definieren, sowohl den Sicherungsgeber als auch den Vorbehaltskäufer als Eigenbesitzer im Sinne des § 80 Abs. 1 Satz 1 RAO. betrachtet. Dies führt ihn nun dazu, weil, was sicher richtig ist, die Reichsabgabenordnung ein geschlossenes Ganzes bilde, den Sicherungsgeber und Vorbehaltskäufer nicht nur, worüber kein Zweifel bestehen könne, bei der Steuerveranlagung, sondern, entgegen bisheriger Steuerpraxis, auch bei der Pfändung der Sicherungssache durch Dritte wie einen Eigentümer zu behandeln und daher dem Sicherungsnehmer bezw. Vorbehaltsverkäufer die Interventionsklage aus § 301 RAO. zu versagen.

Gleichwohl und mit Recht versagt nun der Reichsfinanzhof der Sicherungsübereignung und mithin auch dem Eigentumsvorbehalt nicht jede Wirksamkeit bei der Pfändung. Vielmehr gelangt er eben mit Hilfe des zitierten § 4 RAO. dazu, dem Sicherungsempfänger wie Vorbehaltsverkäufer das Recht aus § 319 RAO., also die Befugnis auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös, zu geben. Denn dem Wesen der Sache nach sei die Sicherungsübereignung (also auch der besonders hervorgehobene Eigentumsvorbehalt) nur eine verschleierte Pfandbestellung. Da aber im Steuerrecht zufolge des § 4 RAO. das entscheidende Gewicht auf die wirtschaftliche Bedeutung eines Vorganges gelegt werden müsse, bestünden keine Bedenken, steuerrechtlich die Sicherungsübereignung (und den Eigentumsvorbehalt) als Pfandbestellung zu behandeln. Diese Auffassung finde des ferneren eine Stütze in der Rechtssprechung des Reichsgerichtes über die Wirkung der Sicherungsübereignung im Konkurse. Für rein bürgerlichrechtliche Streitigkeiten sei die Auffassung (wonach der Sicherungsempfänger Anrecht auf vorzugsweise Befriedigung habe) allerdings durch § 1205 ausgeschlossen.

b) Im Ergebnis ist dem Gutachten des Reichsfinanzhofes beizutreten, soweit es sich auf das Gebiet des Steuerrechts bezieht[33]). Desgleichen ist dem

[33]) Ebenso Delgmann J.W. 25, 1982 (dieser also schon vor dem Reichsfinanzhof); Becker, RAO. 6. Auflage, 1928, § 301 Anm. 1; Friesecke J.W. 26, 2124 ff. (vgl. aber auch J.W. 30, 2575); Braitinger J.W. 26, 2310 ff.; O.L.G. Königsberg J.W. 28, 243; Bühler (Lehrb. des Steuerrechtes, I 1927 S. 479 Anm. 17); Höniger J.W. 27, 717; Neter D.J.Z. 28, 448 ff.; Max Wolff J.W. 30, 1473; Lewin, Mitt.St.Stelle R.Verb.D.Industrie 1926, 456; Pachmayer, Steuer und Wirtsch. 1926, 1214 und offenbar auch Lehmann J.W. 29, 1878 (Bem. zu R.G. 124, 73). — A. M. Obergericht Danzig J.W. 27, 717; O.L.G. Frankfurt J.W. 27, 1766; K.G. J.W. 28, 971; O.L.G. Hamburg J.W. 28, 972; L.G. III Berlin J.W. 27, 1774 L.G. Cleve J.W. 27, 1775; O.L.G. München J.W. 28, 244; führt ihn nun dazu, weil, was sicher richtig ist, die Reichsabgabenordnung K.G. J.W. 28, 2371; O.L.G. Frankfurt J.W. 28, 2158; Pape (Die Bedeutung der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehalts bei der Steuerbeitreibung) D.St.Z. 1926, 969; Ücker (Sicherungsübereignungen und Zwangsvollstreckungen) Mitt. d. R. Verb. d. D. Industrie, 1927, 22; Liebisch J.W. 28, 946 ff.; Jahn J.W. 26, 1659; Karl Becker D.St.Bl. 1927; Böthke bei Strutz, (Handbuch der Steuerrechts, III. Aufl. S. 117); Koch, Bankarch. 1925, 428; Senf, Mitt.St.Stelle d.R. Verb. d.D. Industrie 1927, 122; Zöllner St.A. 2716; R.G.R.Komm. § 930 Anm. 6; Etzold S. 7; R.G. 124, 73 Stein-Jonas § 771 CPO. Anm. II 1; Kaufmann J.W. 29, 2934;

Bezüglich des Eigentumsvorbehalts direkt hat das O.L.G. Kiel sich desgleichen gegen den Reichsfinanzhof ausgesprochen (vgl. Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1928, 204). — Die dem Reichsfinanzhof widersprechenden Ansichten stützen sich in der Hauptsache darauf, daß die §§ 4 und 80 RAO. nur auf die Beziehungen zwischen Steuergläubiger und Steuerschuldner an-

Gutachten zuzustimmen in seinen an diess Ergebnis geknüpften rechtspolitischen Bedenken und Erwägungen, die Gültigkeit für die Beurteilung der Sicherungsübereignung wie des Eigentumsvorbehalts nicht nur innerhalb, sondern, vor allem und noch viel mehr, auch außerhalb des Steuerrechtes haben. Deshalb seien diese Bedenken und Erwägungen noch des näheren mitgeteilt.

Als Bedenken gegen seinen von ihm eingenommenen Standpunkt hält der Reichsfinanzhof sich selber insbesondere vor, daß die Anerkennung seines von ihm in dem Gutachten vertretenen Grundsatzes seitens der bürgerlichen Gerichte — welche ja nach § 227 RAO. für die Widerspruchsklage auch gegen den Fiskus zuständig bleiben — geeignet sei, unter den heutigen Zeitverhältnissen eine wirtschaftlich höchst unerwünschte Erschwerung der Kreditverschaffung nach sich zu ziehen.

Diesem Hauptbedenken setzt alsdann das Gutachten aber mit Recht entgegen, daß durch die Sicherungsübereignung — wobei gleiches entsprechend auch wieder für den Eigentumsvorbehalt gilt — der Schuldner in die Lage versetzt werde, sein Geschäft zu betreiben, ohne dem Zugriff durch andere Gläubiger ausgesetzt zu sein. Das Risiko des von dem Schuldner betriebenen Geschäftes sei im wesentlichen auf den Sicherungsgläubiger (Vorbehaltsverkäufer) übergegangen — man denke z. B. an die Lieferung von Maschinen unter Eigentumsvorbehalt, die nicht mit dem Grund und Boden verbunden werden, oder an die Lieferung von größeren Warenmengen unter Eigentumsvorbehalt —, ohne daß dieser den übrigen Gläubigern des Schuldners hafte. Darin liege ein Hauptmangel. Denn es müsse als eine Verletzung von Treu und Glauben angesehen werden, daß jemand ein gutgehendes Geschäft betreibe, seine Privatgläubiger, insbesondere seine sonstigen Lieferanten, aber nicht befriedige, weil die Einnahmen des Geschäftes in erster Linie dem Hauptgläubiger, nämlich dem Sicherungsgläubiger (oder Vorbehaltsverkäufer), zufließen, der der Zwangsvollstreckung mit der Klage aus § 771 CPO. entgegentrete.

c) In der formalen Begründung seines Gutachtens kann dem Reichsfinanzhof jedoch nicht beigetreten werden. Denn § 301 RAO. nimmt offensichtlich Bezug auf § 771 CPO. Wie wir nun aber gesehen haben, hat dann jemand an einem Gegenstand im Sinne des § 771 CPO. und mithin auch im Sinne des § 301 RAO. ein die Veräußerung hinderndes Recht, wenn dieser Gegenstand im Augenblick der Pfändung zu seinem Vermögen „gehört", er also Eigenbesitzer, soweit es sich um bewegliche Sachen handelt, ist. (Dies trifft, wie gezeigt, sowohl auf den Sicherungsgeber als auch auf den Vorbehaltskäufer während der Schwebezeit zu). Demnach kommt es also hier nicht darauf an, daß jemand Eigentümer der betreffenden Sache im Sinne des § 903 zu dem fraglichen Zeitpunkt ist oder auch nur wie ein Eigentümer anzusehen und zu behandeln ist. Daraus ergibt sich aber, daß § 80 RAO. nicht in Verbindung gebracht werden kann mit § 301 RAO. in dem Sinne, daß jemand deshalb ein die Veräußerung hinderndes Recht nach § 301 RAO. habe, weil er infolge seines Eigenbesitzes gemäß § 80 RAO. wie ein Eigentümer zu behandeln sei. Vielmehr sagt § 80 RAO., der zu § 301 RAO. in keinerlei Beziehung steht und mit diesem nichts zu tun hat, nur soviel, daß einem Eigenbesitzer außerdem d. h. neben dem ihm wegen seines Eigenbesitzes nach § 301 RAO. (§ 771 CPO.) ohnehin (nach der in dieser Arbeit vertretenen und auch für das Gebiet des Steuerrechts Geltung beanspruchenden Ansicht) zustehenden Widerspruchsrechtes im Sinne und im Rahmen der Steuergesetze die Stellung eines Eigentümers zukommt[34]). Dies ist keineswegs ohne Sinn

---

gewandt werden könnten (vgl. z. B. Jahn a. a. O.), oder daß der Sicherungsgeber nicht Eigen- sondern Fremdbesitzer sei (so R.G. z. B. in Band 124, 73; 95, 105).

[34]) Im gleichen Sinne spricht sich auch Böthke D.St.Bl. 1929, 727 ff. aus, dem sich offenbar und merkwürdigerweise Frieseke, J.W. 30, 275, anschließt, wenn er sagt, § 80 RAO. gelte für rein steuerliche Verhältnisse, für welche das „wirtschaftliche Eigentum" im Sinne der Auslegung durch den Reichsfinanzhof unbedingt an die Stelle des juristischen Eigentums trete, während für § 301 RAO. nicht der steuerrechtliche Begriff des Eigentums maßgebend sei. — Freilich muß auch Böthke, wie der herrschenden Lehre überhaupt, entgegengehalten werden, daß für § 771 CPO. und daher auch für § 301 RAO. überhaupt kein Eigentum, weder formales noch wirtschaftliches

oder Belang. Denn dadurch wird es ermöglicht, z. B. bei der Veranlagung der Steuer den Eigenbesitzer so einzutaxieren, als ob er Eigentümer der betreffenden Sache sei[35]).

d) Steht nun aber auf Grund des mit dem § 771 CPO. inhaltsgleichen § 301 RAO. dem Vorbehaltskäufer und dem Sicherungsgeber die Widerspruchsklage nur wegen der allgemeinen, außersteuerlichen Gründe gegen die wegen Steueransprüchen an den Vorbehaltsverkäufer bezw. Sicherungsnehmer durch den Fiskus erfolgte Pfändung zu, also nicht zufolge des § 80 RAO., so kann nun aber auch andererseits, entgegen der vom Reichsfinanzhof vertretenen Ansicht, nicht gesagt werden, der Vorbehaltsverkäufer wie der Sicherungsnehmer habe das Recht aus § 319 RAO. (auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös) bei Pfändung durch den Steuerfiskus beim Vorbehaltskäufer bezw. Sicherungsgeber auf Grund des § 4 RAO., nach welchem die Sicherungsübereignung und der Eigentumsvorbehalt als Pfandbestellung zu betrachten sei. Denn ebenso wie der § 301 RAO. richtigerweise nach außersteuerlichen Grundsätzen zu beurteilen ist, ist es auch der § 319 RAO. Dies wird in eklatanter Weise daraus ersichtlich, daß § 319 RAO., in gleichem Maße wie § 301 RAO. dem § 771 CPO., dem § 805 CPO. nachgebildet ist, während § 4 RAO., der eigentlich den § 80 RAO., welchen er konsumiert, überflüssig macht, infolgedessen ebenso wie dieser nur auf die Beziehungen zwischen Steuergläubiger und Steuerschuldner Geltung beanspruchen kann[36]). Daher steht dem Vorbehaltsverkäufer wie dem Sicherungsnehmer das Recht aus § 319 RAO. bei Pfändung der Sache durch den Steuerfiskus beim Vorbehaltskäufer bezw. Sicherungsgeber lediglich aus denselben Gründen zu, die schon im Konkurs dieser Personen zu einem Absonderungsrecht und bei der Pfändung durch andere Gläubiger als den Steuerfiskus zur Anwendung des § 805 CPO. geführt haben.

§ 10.

IV. Die Pfändung der Kaufsache während der Schwebezeit durch den Vorbehaltsverkäufer selbst. — Weitere Folgerungen aus der bisher, insbesondere in § 9 gegebenen Darstellung.

I.

Die wohl herrschende Lehre nimmt an, ein Pfändungspfandrecht an einer beweglichen Sache, in die nach Maßgabe der §§ 803 ff. CPO. die Pfändung zu betreiben ist, könne nur entstehen, wenn die Sache Eigentum des Schuldners sei[1]). Treffe dies nicht zu, so entstehe nur eine Verstrickung, aber kein Pfandrecht[2]).

---

im obigen Sinne, maßgebend sein kann. Der Begriff und Ausdruck des sogen. wirtschaftlichen Eigentums im Sinne des § 80 RAO. (Vgl. hierzu die Aufsätze von Wietfeld und Hagelberg in J.W. 29, 2414/17) ist demnach, wenngleich er sich zufälligerweise, aber nur soweit es sich um bewegliche Sachen handelt, mit der materiellwirtschaftlichen Zugehörigkeit einer Sache zu jemandens Vermögen im Sinne des § 771 CPO. und des § 301 RAO. sowie des § 43 KO. durch die etwaige Bejahung des Eigenbesitzes deckt, spezifisch steuerrechtlich im Sinne der §§ 4, 80 RAO.

[35]) Vgl. hierzu auch das Gutachten des Reichsfinanzhofs auf Seite 128.

[36]) So z. B. auch Jahn J.W. 26, 1659.

[1]) So R.G. 79, 243 ff.; 90, 198; Rühl S. 168, 170; Goldschmidt (Zivilprozeßrecht, S. 254; daselbst weitere Literatur); Kuhnt S. 14; Staudinger § 185 Anm. 3; O.L.G. Stuttgart in Seuff. Arch. 82, 116 (Urteil vom 30. 9. 27); Frank S. 26 und Wolff (Die Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige Sache 1906. Sonderdruck aus der Festgabe für Dr. Bernhard Hübler).

[2]) So besonders R.G. 79, 243 ff.; 90, 198. — A. M. insbesondere Baumbach § 804 CPO. Anm. 2 C; Kaufmann Gruch. 53, 327 und 351; Müller (Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechtes, Berlin 1907) S. 89 ff.; Emmerich (Pfandrechtskonkurrenzen, 1909) S. 93; Francke in Z.Z.P. 36, 308 ff.; O.L.G. Naumburg bei R.G. 60, 71; Immerwahr D.J.Z. 05, 597; O.L.G. 15, 8 (Dresden); Then Bayr. Z. 07, 385; Rosenthal daselbst 08, 14; Wegener S. 26 ff.; Pöschel S. 30 und offenbar auch Printz S. 15 und Caspari S. 64. Diese gehen alle da-

Wollte man sich nun auf den Boden der herrschenden Meinung soweit — mit Recht — stellen, als sie zur Existenz eines Pfändungspfandrechtes eine materielle Grundlage voraussetzt, so kann aber diese Grundlage keineswegs im formaljuristischen Eigentum des Schuldners an der betreffenden Sache verkörpert sein. Denn wir haben gesehen, daß es beim § 771 CPO. und somit im Zwangsvollstreckungsrecht überhaupt, in dessen System der § 771 CPO. nur ein gewöhnliches Glied ist, nicht auf die formaljuristische, sondern auf die materiellwirtschaftliche Zugehörigkeit einer Sache zu jemandens Vermögen ankommt. Daß es zur Entstehung eines Pfändungspfandrechtes gar keiner materiellen Grundlage bedürfe, ist trotz der Wortfassung des § 808 CPO. nicht richtig. Vielmehr ist der Sinn dieses § 808, wie aus dem Zusammenhang mit den §§ 809, 810 CPO. hervorgeht, offenkundig der, daß er bloß die Art und Weise, in der der Gerichtsvollzieher vorzugehen hat, soferne die zu pfändende Sache sich im Gewahrsam des Schuldners befindet, regeln will. Es wäre aber besonders auch deshalb unverständlich, weil dann ein „Recht" entstehen würde, gegen welches in vielen Fällen mit radikaler Wirkung mittels der Widerspruchsklage vorgegangen werden könnte; nämlich immer dann, wenn der Widerspruchskläger die materiell-wirtschaftliche Zugehörigkeit an der Sache hätte. Da nun aber infolge seines Eigenbesitzes der Käufer Inhaber der materiell-wirtschaftlichen Zugehörigkeit ist, so erwirbt der Gläubiger, welcher die Kaufsache kraft eines gegen den Käufer erwirkten Titels während der Schwebe pfändet, trotz des Eigentums des Verkäufers ein vollwirksames Pfändungspfandrecht. Es darf jetzt aber nicht gesagt werden, das Pfändungspfandrecht entstehe nunmehr an der materiellwirtschaftlichen Zugehörigkeit, also am Eigenbesitz, statt am Eigentum, wie Rühl und Kuhnt[3]) glauben, indem sie annehmen, überall dort, wo (wie z. B. in §§ 808, 809, 811, 815, 816, 817, 820, 925, 926 CPO.) der Ausdruck „Sache" gebraucht sei, sei das Eigentum darunter verstanden. Vielmehr entsteht das Pfandrecht an der Sache[4]) und das Vorhandensein des Eigenbesitzes beim Schuldner ist nur die Voraussetzung seines Entstehens. Jedoch, das ist auch hier besonders zu betonen, kann nur solcher Eigenbesitz die materiellwirtschaftliche Zugehörigkeit zum Schuldnervermögen vermitteln, der nicht ohne weiteres vom Eigentümer durch Vindication zerstört werden kann. Der Dieb ist also niemals Inhaber der materiellwirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit im obigen Sinne, obwohl er Eigenbesitzer ist. — Vollstreckt wird nicht in das Eigentum und auch nicht in den Eigenbesitz, sondern in die Sache selber, ebenso wie bei der Pfändung einer Forderung in die Forderung selber (vgl. Anm. 5) vollstreckt wird. Entsprechendes gilt auch für das Vertragspfandrecht an einer Sache. Dies zeigt § 1204 deutlich, indem er bestimmt, daß eine bewegliche Sache zur Sicherung einer Forderung in der Weise belastet werden könne, daß der Gläubiger berechtigt sei, Befriedigung „aus der Sache" zu suchen[5]). In Fällen hingegen, in denen der Eigenbesitz beim Eigentümer verblieben ist (wie z. B. beim Vermieter), entsteht aus diesem Grunde zu Gunsten des pfändenden Gläubigers dieses Schuldners (Mieters) kein Pfändungspfandrecht, sondern, im entsprechenden Einklang mit der herrschenden Meinung, nur eine Verstrickung, gegen welche jedoch mittels der Widerspruchklage vorgegangen werden kann. —

Auf Grund des Angeführten hat demnach die Widerspruchsklage nur dann Erfolg, wenn der Kläger der Inhaber der materiellwirtschaftlichen Zugehörigkeit an der verstrickten Sache ist, wobei natürlich nach dem Sinn der Widerspruchsklage vorausgesetzt wird, daß der Beklagte nicht auf Grund eines Titels gegen den Kläger selber vollstrecken lassen will. Ferner wurde gezeigt, daß, im Wechselspiel dazu, ein Pfändungspfand-

---

von aus, zur Entstehung des Pfändungspfandrechtes sei es gleichgültig, ob die Sache zum Vermögen des Schuldners gehöre, wobei sie unter Vermögenszugehörigkeit aber gleichfalls das Eigentum verstehen. Es genüge vielmehr jede ordnungsgemäß vollzogene Pfändung.

[3]) S. 170/71 bezw. S. 14.

[4]) So Etzold S. 13; Fromherz Z.Z.P. 39, 401—485; Lazarus Kr. V. J.Schr. 49, 385 ff.; Stein-Jonas § 808 CPO. Anm. 1; Gierke II, 598; Windscheid-Kipp I 170 ff.; Rich. Fuchs (Das gesetzl. Pfandrecht an bedingt übereigneten Sachen), Arch. f. bürgerl. Recht 34, 368 ff.; 1910.

[5]) Nach §§ 1273, 1277 findet dieser Grundsatz auch entsprechende Anwendung auf das Vertragspfandrecht an Rechten.

recht an einer Sache nur zu entstehen vermag, wenn der Schuldner, bei welchem gepfändet wird, auf Grund der materiellwirtschaftlichen Zugehörigkeit die Widerspruchsklage hätte, sofern von Gläubigern eines Dritten in die betreffende Sache vollstreckt würde. Daraus geht hervor, daß, weil ja der Käufer die Widerspruchsklage hätte, wenn ein Gläubiger des Verkäufers die Kaufsache pfänden würde, der Vorbehaltsverkäufer selbst ein vollgültiges Pfändungspfandrecht an der Kaufsache sofort erwirbt, sofern er nur diese beim Käufer zufolge (irgend) eines gegen diesen erlangten Titels während der Schwebezeit pfänden läßt.

Bei solcher Auffassung liegt aber in der Pfändung der Kaufsache durch den Vorbehaltsverkäufer kein Verzicht auf das vorbehaltene Eigentum, und zwar in keinem Falle, es sei denn freilich, daß der Verkäufer einen solchen ausdrücklich erklärte. Denn ein Verzicht des Verkäufers darauf ist bei dieser Betrachtungsweise gar nicht nötig, weil ja im Zwangsvollstreckungsrecht nicht das Eigentum im Sinne des § 903 die Rolle eines die Veräußerung hinderndes Rechtes spielt. Diese Rolle übernimmt hier eben, wie nachgewiesen, die materiellwirtschaftliche Zugehörigkeit (der Eigenbesitz), auf welche aber der Verkäufer aus dem einfachen Grunde nicht verzichten kann, weil er sie gar nicht hat[6]). Aber auch dann kann nicht von einem Verzicht des Vorbehaltsverkäufers auf sein Eigentum die Rede sein, wenn er es zur Versteigerung der Kaufsache kommen läßt. Zwar geht dadurch, wenn er die Kaufsache nicht selber ersteigert, sein Eigentum ohne Zweifel unter, weil die Versteigerung auf Grund eines in Wirklichkeit und zu Recht bestehenden Pfändungspfandrechtes betrieben wird. Des ferneren und im besonderen geht sein Eigentum auch zufolge des Umstandes unter, daß ein anderer (ganz überflüssig noch mit Zustimmung des Verkäufers) durch privatrechtlichen Kauf und ebensolche anschließende Übergabe und Einigung im Sinne der §§ 433, 929 Eigentümer wird. Nach der herrschenden und zu billigenden Meinung kommt nämlich ein Kaufvertrag (des Gerichtsvollziehers) mit dem Ersteigerer dadurch zustande, daß ihm die Sache gemäß § 817 Abs. 1 CPO. zugeschlagen wird. Die Einigung und Übergabe wird alsdann in der dem Zuschlag folgenden Ablieferung im Sinne des § 817 Abs. 2 CPO. erblickt[7]). So wenig wie bei einem gewöhnlichen Verkauf ist es dabei aber und infolgedessen erforderlich, daß der Vorbehaltsverkäufer vorher auf sein Eigentum Verzicht übt[8]).

[6]) Gepfändet wird also nicht das Eigentum des Verkäufers, sondern der Eigenbesitz des Käufers (mit der Wirkung, daß das Pfandrecht an der Sache entsteht). Dies ist durchaus möglich, da er, wie gezeigt, ein auflösend bedingtes Recht und mithin ein subjektives Recht ist. So die herrschende Meinung. Vgl. R.G.J.W. 10. 747 = Gruch. 54, 1166; Enneccerus § 185 I, 1; Strohal (Grenzen der Urteilsrechtskraft bei betagter und bedingter Berechtigung) S. 135 ff.; von Tuhr I, 182; Dernburg, Allgemeiner Teil § 144 II; Crome I (System des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1. Band S. 174 ff.; 2. Band S. 444); Rudolf Henle (Lehrbuch I) S. 36; R.G.R. Komm. § 158 Vorbem. 4.

[7]) Vgl. hierzu RG. Recht 16 Nr. 1900; RG. Warneyer 17 Nr. 55 S. 76 ff.; Falkmann S. 718 ff.; Seuff. § 814 CPO. Bem. 2; Pagenstecher Gruch. 50. 286; K.G. O.L.G. 18, 135; von Tuhr II, 1, 261. — A. M. Stein-Jonas § 814 Anm. I, § 817 Anm. IV; Grundfragen S. 76; Levis J.W. 30. 2987; Förster-Kann § 817 CPO. Bem. 2 und 5; Hellwig-Oertmann S. 322; Hachenburg (Vorträge) S. 143; Rosenberg § 197 III, 2, welche Zuschlag und Ablieferung als öffentlichrechtliche Akte ansehen. Nach dieser Ansicht muß schon zur wirksamen Versteigerung naturgemäß „als einer aus der staatlichen Verstrickung abgeleiteten Verfügung" das Vorhandensein der Pfandverstrickung genügen. So besonders Rühl S. 176 und Levis J.W. 30, 2987. Rosenberg verneint jede Beschränkung des Erwerbes. Stein fordert guten Glauben an das Vorliegen des Pfändungsaktes.

[8]) Eine weitere logische Folge der privatrechtlichen Auffassung der Ablieferung ist die, daß § 1244 und damit die Grundsätze vom gutgläubigen Erwerb entsprechend auf sie Anwendung finden, soferne der Vollstreckungsgläubiger ein Pfändungspfandrecht nicht hatte. So richtig R.G. 104, 302. Vgl. auch Wolff § 169 III, § 167 II Anm. 3; Frank S. 27; Struckmann-Koch §§ 901, 804 CPO.; Seuff. § 804 CPO. Bem. 3; Petersen § 816 CPO. Bem. 3; § 817 Bem. 3; Wolff (Festgabe) S. 6: O.L.G. Köln J.W. 30. 2987 sowie R.G. 61. 333. — Diese Fragen sind jedoch sehr bestritten.

Freilich wird der dargelegten Ansicht, wonach der Vorbehaltsverkäufer bei Pfändung der Kaufsache und sogar auch bei der Versteigerung derselben auf sein Eigentum daran nicht zu verzichten braucht und auch in der Regel nicht verzichtet, aber gleichwohl ein Pfändungspfandrecht erwirbt, in der Gesamtheit von keiner Seite zugestimmt; aus dem einfachen Grunde, weil bisher von niemandem die Bedeutung der materiellwirtschaftlichen Zugehörigkeit, sich widerspiegelnd im Eigenbesitz, und die untergeordnete Rolle der formaljuristischen Zugehörigkeit, des Eigentums, für das ganze Verfahren der Zwangsvollstreckung beachtet und durchgeführt worden ist[9]).

Abzulehnen vermöge der entwickelten Gründe ist daher die Ansicht, wonach die Pfändung „eigener" Sachen deshalb unzulässig sei, weil nach einem Grundsatze der CPO. nur Vermögensstücke des Schuldners (solche, die ihm zu Eigentum im Sinne des § 903 gehören) geeignete Vollstreckungsgegenstände bildeten[10]). Ebenso abzulehnen ist auch die Ansicht, ein Pfandrecht an eigener Sache sei nicht möglich, weil es begrifflich ein Recht an „fremder" Sache sei[11]), da es eben auf das Eigentum bei der Pfändung gar nicht ankommt. Fehl geht aus demselben Grunde auch die Meinung, an eigener Sache gebe es wohl ein Pfandrecht, aber kein Pfändungspfandrecht[12]), und desgleichen kann endlich aus denselben Erwägungen auch der Standpunkt nicht gebilligt werden, der die Pfändung der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache durch den Verkäufer deswegen für zulässig hält, weil der Verkäufer schon durch die Pfändung auf sein Eigentum[13]) ohne weiteres mit der Wirkung *verzichte*, daß der Käufer das Eigentum an der verkauften Sache und der Verkäufer dadurch ein Pfandrecht an ihr erwerbe[14]).

An sich richtig hingegen ist die am häufigsten vertretene Meinung, nach welcher die Zulässigkeit der bloßen Pfändung (ohne Entstehen eines Pfändungspfandrechtes) von der Entstehung eines Pfandrechtes nicht abhängig sei[15]). Denn zutreffend wird die Zulässigkeit und Wirksamkeit des rein for-

---

[9]) Im *Ergebnis* ist zum Teil übereinstimmend lediglich die oben schon abgelehnte Meinung derer, nach denen es zur Entstehung eines Pfändungspfandrechtes genügt, daß nur die Pfändung ordnungsmäßig vollzogen worden ist. Hiergegen wendet sich auch Stein, Grundfragen S. 31 ff. 34, 44, 52 und Etzold S. 17.

[10]) So O.L.G. Bamberg Seuff. Arch. 58 Nr. 66 S. 125; O.L.G. Kiel Schleswig-Holsteinische Anzeigen 05, 167; Käb Seuff. Bl. 68, 454; Flechtheim im Rhein. Arch. 104 I 285 ff. (Vgl. auch Anm. 1).

[11]) O.L.G. Bamberg Seuff. Arch. 58 Nr. 66 S. 125; O.L.G. 18, 400 (München); K.G. O.L.G. 23, 211; Seuff. § 804 CPO. Bem. 2 b; Falkmann S. 636; Käb Seuff. Bl. 68, 456; Roiger Bayr. Z. 06, 477; W. A. Müller § 91, 110 ff.; Francke, Thüring. Bl. 07, 162 und Z.Z.P. 40, 464; 36, 308. Letzterer besonders sagt in Z.Z.P. 40, 464, das Gesetz kenne Eigentum und Pfandrecht an derselben Sache nur für verschiedene Personen. Pfände daher der Vorbehaltsverkäufer die Kaufsache, so verzichte zwar der Vorbehaltsverkäufer nicht auf die Kaufsache, weil ein solches der Annahme bedürfe, wohl aber *wirke* die Pfändung notwendig gleich einem Verzicht.

[12]) Staub § 382 Anh. Anm. 66. — Worin sollte übrigens der Unterschied zwischen Pfandrecht und Pfändungspfandrecht bestehen?

[13]) Flechtheim (Rhein. Arch. 104, 266), Caspari S. 65 und Guyet S. 41 meinen, es handle sich um die Erklärung eines Verzichtes auf die *Bedingung*. Dies kann aber nicht gebilligt werden, weil ja solch ein Verzicht einem Verzicht auf Zahlung unter Umständen gleichkäme.

[14]) O.L.G. Karlsruhe Bad. Rechtsspr. 02, 330; L.G. 1 Berlin K.G.Bl. 05, 103; O.L.G. 26, 395 (Breslau); Then Bayr. Z. 07, 385; Dernburg II § 71 Anm. 12, § 200 Anm. 5. — Hingegen Planck § 455 Bem. 2 c; Falkmann S. 637; Hein S. 296; Flechtheim S. 287; Staudinger § 455 Bem II 4; Staub § 382 Anh. Anm. 66; Caspari S. 65 sowie vor allem das Reichsgericht Band 66, 248; 79, 243 verweisen auf die Umstände des Einzelfalles.

Gegen einen Verzicht wenden sich: Fromherz Z.Z.P. 39, 488; Kunze S. 37; Kaufmann Gruch. 53, 325; Stein-Jonas § 804 Bem. 4; Schubert („Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt in seiner rechtlichen Bedeutung") S. 37 ff. (Rostocker Dissertation 1927).

[15]) So R.G. 79, 243 ff.; Stein (Grundfragen) S. 53 ff.; Stein-Jonas § 803 CPO. Anm. II 1, § 804 CPO. Anm. II 4; Förster-Kann § 803 CPO. Bem. 2; § 804 CPO. Bem. 3 b; Freudenthal-Sauerländer § 805 CPO. Bem. 1 b; Hellwig-

malen Verfahrens, der Pfändung, daraus gefolgert, daß die Zivilprozeßordnung gegebenenfalls den Dritten ausschließlich auf den Klageweg des § 771 CPO. verweist. Unrichtig wird auch diese Auffassung alsdann aber, soweit auch sie dem Dritten die Widerspruchsklage nur dann gewährt, wenn er Eigentümer (statt Eigenbesitzer) der Sache ist und entsprechend die Entstehung eines Pfändungspfandrechtes zu Gunsten des Verkäufers leugnet, solange er Eigentümer der Kaufsache ist[16]). Allein auch soweit diese Meinung, im formalen Punkte nämlich, billigenswert ist, wird sie dadurch überholt, daß die Pfändung der Kaufsache durch den Vorbehaltsverkäufer nicht nur formal zulässig ist, sondern auch ein Pfändungspfandrecht für den Vorbehaltsverkäufer am allein maßgeblichen Eigenbesitz des Käufers an der Kaufsache erzeugt.

Auch von den neueren Auffassungen trifft keine den Kern. So versucht Etzold[17]) den Nachweis, die Begründung eines Pfandrechtes an eigener Sache könne aus dem System der CPO. gar nicht hergeleitet werden.

Dies ist jedoch keineswegs richtig. Vielmehr läßt sich wohl, unter Zuhilfenahme des § 771 CPO., welchen Etzold völlig übersieht, ein der CPO. eigener Begriff des Pfändungspfandrechtes gewinnen. Darnach ist unter einem Pfändunspfandrecht im Sinne der CPO. ein solches Recht zu verstehen, gegen welches die Widerspruchsklage ohne Erfolg bleibt. Wie schon zur Genüge dargetan, hat aber die Widerspruchsklage dann Erfolg, wenn der Kläger Eigenbesitzer der verstrickten Sache ist, und entsprechend dann Mißerfolg, wenn der Schuldner des Beklagten den Eigenbesitz innehat. Die ganze Problemstellung ist infolgedessen im Zwangsvollstreckungsrecht nicht die: kann ein Pfandrecht an eigener Sache entstehen?, sondern die: kann ein Pfandrecht an einer Sache entstehen, welche der die Pfändung betreibende Gläubiger im Eigenbesitz hat[18])? Daß dies zu verneinen ist, wurde schon gesagt.

Nicht billigenswert ist infolgedessen aber auch die Auffassung Rühls[19]), der, abgesehen von seiner in der Anmerkung 18 mitgeteilten Stellungnahme, genau so wie Etzold folgert und demgemäß zu demselben Ergebnis wie dieser gelangt: daß nämlich die Entstehung eines Pfändungspfandrechtes des Vorbehaltsverkäufers an der Kaufsache davon abhänge, ob der Vollstreckungsschuldner Eigentümer derselben werde[20]). Aber sowohl Rühl als auch Etzold erkennen selber, daß sie mit ihrer Stellungnahme zu einem praktisch unhaltbaren Ergebnis gelangen. Denn warum soll denn der Vorbehaltsverkäufer nicht ebenso wie jeder andere Gläubiger des Käufers Befriedigung aus der Kaufsache gegebenenfalles suchen dürfen?

Oertmann S. 245, 313 ff.; Rosenberg S. 605 ff. Dernburg § 171 III Note 11; Rich. Meyer K.G.Bl. 06, 13 ff. Hein S. 266 und viele Entscheidungen der Oberlandesgerichte (z. B. O.L.G. Stuttgart württ. Jahrb. 18, 171 — Recht 05, 285 Nr. 1393 und Recht 06, 1322 Nr. 3233); vgl. auch L.G. Braunschweig J.W. 1930, 1527.

[16]) Vgl. R.G. 79, 243; Stein-Jonas § 804 CPO. Anm. II 4; Förster-Kann § 804 CPO. Anm. 3 b; Freudenthal-Sauerländer § 804 CPO. Anm. 2 c; Rosenberg S. 605.

[17]) S. 17 ff.

[18]) Das Erfordernis einer anderen Fragestellung überhaupt verkennen auch von Tuhr II 2 S. 300 Anm. 117 und Adler Z.H.R. 86, 312 Note 51, aber offenbar auch Rühl S. 173, wenn sie meinen, bei der Pfändung eigener Sachen handle es sich in Wahrheit nicht darum, daß das jetzige Eigentum des Gläubigers (Vorbehaltsverkäufers) gepfändet werde, sondern es solle, was allein der Interessenlage entspreche, das künftige Eigentum des Erwerbers, sein Anwartschaftsrecht (von Adler ein noch entwicklungsfähiges „nudum ius" genannt), gepfändet werden. — Dieselbe Verkennung der Sachlage ist aber auch denen vorzuwerfen, die den Eigentumsvorbehalt fälschlicherweise nur als ein besonders ausgestaltetes Pfandrecht auffassen wollen (So Walsmann, Der Verzicht 1912, S. 223 (224) ff.; Hein S. 124; Samter S. 28) und alsdann hieraus — besonders Walsmann S. 224, der das Wort „Pfandeigentum" geprägt hat — folgern, der Pfändung des Gläubigers, weil er ja nicht mehr Eigentümer sei, stehe nichts entgegen.

[19]) S. 172 bis 177.

[20]) S. 176.

Daher versuchen beide, da ja der Käufer selber Widerspruchsklage nicht erheben kann[21]), mit der schon erwähnten formalen Zulässigkeit der Pfändung durchzukommen, indem sie dem Käufer die ihm vom Reichsgericht[22]) gewährte Befugnis der Erinnerung im Sinne des § 766 CPO. gegen die Pfändung durch den Verkäufer wegen Verletzung seines Besitz- und Benutzungsrechtes absprechen[23]). Ob sie damit, soweit die insoweitige Begründung ihres Standpunktes in Frage steht, im Rechte sind, kann hier nicht näher untersucht werden. Aber abgesehen hiervon ist nach der hier vertretenen Ansicht, nach welcher ja gerade der Eigenbesitz des Käufers gepfändet wird, die Entscheidung des Reichsgerichtes, welches die Erinnerung wegen Verletzung des Besitz- und Benutzungsrechtes des Käufers gewähren will, auf alle Fälle nicht gutzuheißen.

Allein, auch wenn man zufolgedessen dem Käufer keine Erinnerungsbefugnis wegen Verletzung seines Besitz- und Benutzungsrechtes gewährt, so erbrächte die Versteigerung der Kaufsache doch keinen durchschlagenden Erfolg, sofern man der Meinung Rühls und Etzolds darin beipflichtete, der Verkäufer erwerbe an der Kaufsache aus den erwähnten Gründen kein Pfändungspfandrecht. Denn nach der schon mitgeteilten zu billigenden herrschenden Meinung, die als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Versteigerung (von § 1244 freilich abgesehen) auf Seiten des Vollstreckungsgläubigers ein Pfändungspfandrecht verlangt, würde der Ersteigerer, wenn er von der Anwartschaft des Schuldners wüßte, zwar sicher Eigentum erwerben, schon aus dem einfachen Grunde, weil ja der die Zwangsvollstreckung bewirkende Vorbehaltsverkäufer selber und tatsächlich Eigentümer vorher gewesen ist[24]). Aber — und dies übersehen Rühl wie Etzold — sofern, was durchaus möglich wäre, der Verkäufer die Zwangsvollstreckung betreibt, ohne vorher vom Kaufvertrag zurückgetreten zu sein und dadurch die Schwebe außer Kraft gesetzt zu haben[25]), so besteht die Möglichkeit, daß der Käufer später noch bezahlt[26]) und dann gemäß § 161, welcher ja ebenso wie § 1244 auf die Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb Bezug nimmt, doch noch Eigentum erwirbt. Diese etwas peinliche Möglichkeit entfällt aber nach der hier vertretenen Auffassung, nach welcher der Verkäufer einmal ein Pfändungspfandrecht erwirbt und sich alsdann und vor allem aber, wenn der Verkäufer ein Pfändungspfandrecht nicht hätte, der gute Glaube des Ersteigerers nicht auf das Eigentum des Schuldners (Käufers) oder Gläubigers (Verkäufers) erstrecken bräuchte, sondern einzig und allein, nach den entwickelten Grundsätzen und unter entsprechender Erweiterung der herrschenden Lehre, auf die materiellwirtschaftlichen Zugehörigkeit der Pfandsache zum Vermögen des Schuldners.

Der Anwendbarkeit des § 161 innerhalb des Rahmens der Rühl'schen und Etzold'schen Ansicht kann nicht, wie Etzold[27]) glaubt, damit widersprochen werden, diese Vorschrift beziehe sich nur auf Zwangsverfügungen, die gegen den Verkäufer von dessen Gläubigern in die Kaufsache getroffen würden. Dies trifft nur zu für § 161 Abs. 1 Satz 2, nicht aber auf § 161 Abs. 1 Satz 1. Denn nach der herrschenden Lehre fallen unter den Begriff der rechtsgeschäftlichen Verfügung auch solche Verfügungen aus einer Versteigerung der Sache auf Grund einer Pfändung[28]). Zwar wird die Pfändung und Versteigerung durch den Gerichtsvollzieher vorgenommen; allein dieser handelt lediglich im Auftrage des Gläubigers (Vorbehaltsverkäufers) und da-

[21]) Vgl. auch Etzold S. 42.

[22]) Band 79, 244.

[23]) Rühl S. 175; Etzold S. 26 ff.

[24]) Soweit sind Rühl, S. 177, und Etzold, S. 43, sicher im Recht.

[25]) Der Vollstreckungstitel könnte ja auch wegen einer anderen als der Kaufpreisforderung erlangt worden sein, sodaß, wenn die Kaufpreisforderung noch nicht fällig wäre, der Verkäufer überhaupt nicht vom Kaufvertrag hätte zurücktreten können.

[26]) Er könnte den Verkäufer ohne weiteres noch in Annahmeverzug setzen und so den Eintritt der Bedingung gegebenenfalles herbeiführen.

[27]) S. 42.

[28]) So R.G. Warneyer 17 Nr. 55 S. 76 ff.; Falkmann S. 718 ff.; Seuff. § 814 CPO. Bem. 2; Pagenstecher Gruch. 50, 286; von Tuhr II, 1, 261; Frank S. 36; von Mayr (Der Bereicherungsanspruch, 1903) S. 293 und die Motive zum Entwurf eines BGB. I S. 128. A. M. besonders Jaeger KO. § 30 Anm. 21 und Freund (Eingriff in fremde Rechte. Leonhards Studien Heft 7, 1902) S. 36.

her auch als dessen Stellvertreter im Sinne des bürgerlichen Rechtes — allerdings ohne die Wirkungen aus § 166[29]) —, sodaß kein Zweifel darüber bestehen kann, daß es sich bei der Pfändung und Versteigerung der Kaufsache auch um eine vom Vorbehaltsverkäufer selber betätigte Verfügung im Sinne des § 161 Abs. 1 Satz 1 handelt. Dem steht es nicht entgegen, wenn man[30]), was allerdings zu bestreiten ist, unter der Auftragserteilung i. S. des § 753 CPO. nicht einen Auftrag im Sinne des bürgerlichen Rechtes verstehen wollte, sondern einen prozessualen Antrag[31]). Denn in beiden Fällen wird der Gerichtsvollzieher nur auf Veranlassung des Gläubigers tätig und ebenso hat in beiden Fällen nicht etwa der Gerichtsvollzieher, sondern der Gläubiger den Nutzen der Pfändung und Versteigerung[32]). Des weiteren kann aber auch gegen die hier vertretene Ansicht nicht ins Feld geführt werden, der Verkäufer könne, gemäß § 817 Abs. 4 CPO., selber mitsteigern und so die Kaufsache erwerben. Denn diese Vorschrift setzt einmal die als vom Verkäufer selbst getroffen geltende Verfügung durch Pfändung und Versteigerung nicht außer Kraft und trägt außerdem einen spezifisch vollstreckungsrechtlichen Charakter[33]).

In der Verzichtsfrage nimmt nun Rühl[34]) noch im besonderen einen bemerkenswerten und im Grunde auch billigenswerten Standpunkt ein.

Allein nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht, wonach es bei der Zwangsvollstreckung auf die im (rechtmäßigen) Eigenbesitz verkörperte materiellwirtschaftliche Zugehörigkeit einer Sache zu jemandens Vermögen ankommt und wonach ein Eigentümer ruhig seine eigene Sache im Wege der Zwangsvollstreckung versteigern lassen kann, ohne daß diese vorher sich hätte im Eigentum des Schuldners befinden müssen, kann nun auch Rühl nicht zugestimmt werden, wenn er[35]) die Ausführungen, die ihn mit Recht zur Ablehnung der Annahme eines stillschweigenden Verzichtes geführt haben, nunmehr im weiteren auch auf die Zwangsvollstreckung des Vorbehaltsverkäufers in die Kaufsache wegen des „Verhaltens" des Vorbehaltverkäufers mit der Maßgabe anwenden will, aus § 242 und den Funktionen der Zwangsvollstreckung einerseits, des Eigentums andererseits ergebe es sich, daß derjenige, der seine eigene Sache nicht nur habe pfänden, sondern sich auch ihren Wert in Form des Versteigerungserlöses habe zuführen lassen, diese damit endgültig als Sache des Schuldners (im formaljuristischen Sinne) behandelt habe und es sich daher, auch ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vereinbarungen, gefallen lassen müsse, daß nunmehr auch die Rechtsordnung, seinem Beispiel folgend, den Schuldner als den Eigentümer ansehe. — Des weiteren würde der Fortbestand des Eigentums zu Gunsten des Verkäufers bis zum Eigentumserwerb durch den Ersteher durch Zahlung und Ablieferung auch durchaus keine Sinnlosigkeit, Zwecklosigkeit, oder Unduldsamkeit im Sinne der von Rühl angeführten Entscheidungen des Reichsgerichtes[36]) enthalten. Denn einmal würde durch den Fortbestand des Eigentums, soferne weitere Gläubiger des Käufers Zwangsvollstreckung in die Kaufsache betreiben, welcher der Verkäufer ja nicht widersprechen könnte, dem Verkäufer die Vorausbefriedigung nach § 805 CPO. gewährleistet, und

---

[29]) So besonders Jaeger § 30 KO. Anm. 21 sowie die dort angeführten Entscheidungen der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichtes. Vgl. auch Rosenberg S. 65 und R.G. 90, 194, 197.

[30]) Wie z. B. Baumbach § 753 CPO. Bem. 2, Rühl S. 180 und Goldschmidt S. 49 es tun (vgl. auch Stein-Jonas § 753 CPO. Anm. I; Förster-Kann § 753 CPO. Anm. 2).

[31]) Vgl. bes. Rühl S. 180, wo er erklärt, hieraus dürfe aber nicht geschlossen werden, eine Auslegung dieses „Auftrages" nach den für die Auslegung von Willenserklärungen maßgebenden Sätzen sei unmöglich.

[32]) Vgl. §§ 815 Abs. 2, 819 CPO. Nach erfolgter Pfändung ist der Vorbehaltsverkäufer hier jedoch so wenig wie bei durch Dritte veranlaßter Pfändung darauf angewiesen, die Sache vom Gerichtsvollzieher versteigern zu lassen. Auf Grund seines Eigentums an der Kaufsache ist er vielmehr auch hier zu freier Verwertung unter entsprechender Anwendung der in den §§ 8 und 9 entwickelten Grundsätze befugt.

[33]) Im Ergebnis wie hier Etzold S. 72.

[34]) S. 177 ff.

[35]) S. 183.

[36]) R.G. 106, 44; 115, 34.

zum anderen ist es durchaus ausgeschlossen, daß der Verkäufer die Kaufsache, nachdem sie der Ersteher zu Eigentum erworben hat, wieder vindizieren kann.

Die einzige Frage, die es vielleicht rechtfertigen würde, von einem „Interesse" des Verkäufers daran zu reden, daß die Kaufsache sich im Eigentum des Käufers befunden hatte, bevor der Ersteher das Eigentum daran erwarb, ist die, ob andernfalls aus dem Kaufvertrag nicht Nachteile für den Vorbehaltsverkäufer erwachsen[37]). Allein dies hat weder etwas mit dem „Verhalten" als solchem des Verkäufers zu tun, noch wäre, wie noch (in § 11) zu zeigen sein wird, der Umstand, daß der Käufer nicht vorher Eigentümer war, überhaupt geeignet, aus schuldrechtlichen Gründen sich nachteilig für den Verkäufer auszuwirken.

Auch im Falle der Zwangsvollstreckung besteht überdies durchaus die Möglichkeit, daß der Käufer kurz noch Eigentümer der Kaufsache gewesen ist, bevor das Eigentum daran auf den Ersteher überging. Denn nach der Regel des § 817 Abs. 2 CPO. soll die Ablieferung (die dingliche Erfüllung) der zugeschlagenen (verkauften) Sache an den Ersteigerer nur dann erfolgen, wenn er bezahlt hat[38]). Durch die Zahlung aber an den Gerichtsvollzieher, die als Zahlung von Seiten des Schuldners (Käufers) gilt, sofern diesem nicht nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden (§ 819 CPO.), tritt die Bedingung ein und mithin auch der automatische Eigentumsübergang der Kaufsache auf den Schuldner. § 158[39]). Freilich hängt nach § 455 dieser Bedingungseintritt davon ab, ob der Verkäufer vollständige Zahlung erlangt und des weiteren ist es selbstverständlich, daß der Verkäufer wegen der Kaufschuld und nicht wegen einer anderen Schuld des Käufers an ihn den Vollstreckungstitel erlangt haben muß, wenn diese Wirkung erzielt werden soll[40]).

Auf diese natürliche Art und Weise wird alsdann, sicher nicht selten, die Frage hinfällig, ob sich etwa der Verkäufer durch die Versteigerung der Kaufsache innerhalb der Zeit der Schwebe, sei es von der Warte der Leistungserfolgstheorie oder der der Leistungshandlungstheorie aus betrachtet, dem Käufer aus dem Kaufvertrag schadensersatzpflichtig macht[41]).

Keine Besonderheit bietet sich beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt hinsichtlich der Frage, ob die §§ 805 Abs. 2, 811 CPO. zu Gunsten des Käufers anwendbar sind. Dies wird allgemein bejaht[42]). Und zwar mit Recht. Denn, wie nachgewiesen, entsteht das Pfändungspfandrecht weder am Eigen-

[37]) Dieses Interesse-Moment hebt zur Rechtfertigung seiner Ansicht bes. Etzold, S. 75, hervor.

[38]) Entgegen der Vorschrift des Gesetzes betrachtet Etzold, S. 78, dies als Ausnahmefall.

[39]) Also geht der Erlös, soweit es zur Befriedigung erforderlich (§ 1247), schon mit Empfangnahme durch den Gerichtsvollzieher in das Eigentum des Verkäufers über. So auch Hellwig-Oertmann 328. Dies ist eine zwangsläufige Folge davon, daß der Gerichtsvollzieher als Vertreter des Gläubigers betrachtet werden muß, weshalb er das Geld zu Eigentum des Gläubigers empfängt. Abzulehnen ist daher die Ansicht der Verfechter der Surrogationstheorie (Stein-Jonas § 815 CPO. Anm. III, § 819 CPO. Anm. I; Förster-Kann § 814 CPO. Bem. 2, § 815 CPO. Bem. 4 b; R.G. J.W. 11, 942; Falkmann S. 460, 661; vgl. aber auch S. 368, 713; Wolff, Festgabe, S. 74 ff., 77; R.G.R.Komm. § 816 Anm. 3; Etzold, besonders S. 75 ff.), wonach der Erlös in allen Beziehungen an die Stelle der Sache treten soll. Eine derartige Auffassung rechtfertigt der § 1247 niemals. Hieraus folgert Etzold, S. 77, damit der Verkäufer sich aus dem Kaufvertrag nicht schadensersatzpflichtig mache, genüge es, wenn der aufschiebend bedingte Verzicht, der jetzt natürlich den Erlös betreffen soll, im Augenblick der Ablieferung des Erlöses an den Verkäufer wirksam werde.

[40]) Eine etwaiger Einstellung der Zwangsvollstreckung nach der Zahlung schadet dem Verkäufer nicht, da mit der Zahlung die Zwangsvollstreckung ihr Ende erreicht. So Stein-Jonas Vorbem. VII 3 a vor § 704 CPO.; Förster-Kann Vorbem. 7 b vor § 704 CPO. — A. M. Baumbach § 819 CPO. Anm. 1.

[41]) Im Ergebnis ebenso für diesen Fall Etzold S. 78.

[42]) Vgl. z. B. Stein-Jonas § 811 CPO. Anm. II 3; Kuhnt S. 82; Fromherz J.W. 13, 578 ff.; Etzold S. 106 und offenbar auch Rühl S. 178. Selbstverständlich gilt dies auch bei der Zwangsvollstreckung Dritter in die Kaufsache.

tum noch am Eigenbesitz, sondern nur an der Sache, (aber auf Grund des Eigenbesitzes und nicht auf Grund des Eigentums des Schuldners). Die Sache bleibt aber immer dieselbe, sei es, daß sie dem Käufer unter Eigentumsvorbehalt oder ohne solchen übergeben worden ist. Gleiches muß natürlicherweise auch für das Gebiet des Abzahlungsgesetzes gelten[43]). Nachteile ergeben sich hieraus für den Vorbehaltsverkäufer nicht, weil er ja gegebenenfalles vom Kaufvertrage zurücktreten und auf diese Weise die Sache, nach Zurückerlangung, zur Verwertung auf privatem Wege bringen kann.

II.

Das gefundene Ergebnis, wonach der Vorbehaltsverkäufer bei Zwangsvollstreckung Dritter in die Kaufsache während der Zeit der Schwebe kein Widerspruchsrecht im Sinne des § 771 CPO. hat, weil sich dieses auf den Eigenbesitz bezieht, und wonach auch der Drittgläubiger des Käufers insolange ein Pfändungspfandrecht erwerben kann, hat nun noch besonders diese weitere eigentlich zwangsläufige aber besonders wichtige und auch höchst billigenswerte Folge: Auch der Drittgläubiger des Käufers kann in die Kaufsache selber durch einen einzigen Pfändungsakt gemäß §§ 808 ff. CPO. ohne weiteres vollstrecken.

Dies war nach allen bisherigen durchaus unbefriedigenden Lehren nicht möglich. Vielmehr blieb nur übrig, entweder den Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers gegen den Verkäufer — soferne ein solcher überhaupt nach Übergabe der Sache und bedingter Einigung noch besteht, was nach der Leistungshandlungstheorie zu verneinen ist[44]) — oder das Anwartschaftsrecht des Käufers oder alle diese Ansprüche zusammen im Wege der Rechtspfändung gemäß § 857 CPO. und außerdem noch die Sache selber nach § 808 CPO. zu pfänden[45]). Alsdann hatte aber der die Sache pfändende Gläubiger, da ja die bisherigen Lehren dem Vorbehaltsverkäufer ein Widerspruchsrecht einräumten, die Widerspruchsklage von Seiten des Vorbehaltsverkäufers zu gewärtigen, welche nur dadurch beseitigt werden konnte, daß der Gläubiger Zahlung des Kaufpreises an den Vorbehaltsverkäufer bewirkte, wodurch das Eigentum an der Kaufsache auf den Käufer überging. Der Zahlung durch den Gläubiger konnte alsdann der Käufer nicht mehr gemäß § 267 Abs. 2 widersprechen, ebensowenig der Verkäufer, § 271, weil durch die Pfändung auch des Eigentumsverschaffungsanspruchs, der Anwartschaft oder aller dieser etwaigen Rechte des Käufers zusammen, dieses Widerspruchsrecht des Käufers beseitigt worden war[46]). Daß auf diese Weise dem Gläubiger des Käufers jedoch schlecht gedient ist, liegt auf der Hand.

Ebensowenig gedient wäre dem Gläubiger des Käufers etwa auch damit, sich mit einer Pfändung nur der Anwartschaft im Wege des § 808 CPO. zu begnügen[47]). Denn, wie auch besonders Etzold[48]), Fromherz[49]), Brecht[50]) und

[43]) So im Ergebnis Etzold S. 107 ff.

[44]) Vgl. hierzu besonders Flechtheim, Rhein. Arch. 104 I S. 285; Kaufmann Gruch. 53, 325; Rühl S. 164, 168.

[45]) So besonders Etzold S. 15; Rühl S. 171; Stein-Jonas § 857 CPO. Anm. II 9; Falkmann S. 797; Goldschmidt (Ziv. Prozeßrecht) S. 268; Fromherz Z.Z.P. 39, 486 ff.; Francke Z.Z.P. 40, 461 ff.

[46]) So Rühl S. 172; Etzold S. 14; Pöschel S. 28; Baumbach § 857 CPO. Bem. 7 C sowie Stein-Jonas § 857 CPO. Anm. II 9 Note 131 und 136 und die dort Angeführten.

[47]) Falls dies überhaupt auf diesem Wege möglich wäre, was zu verneinen ist. Ebenso Etzold S. 13; Stein-Jonas § 857 Anm.; Lazarus Kr.V.J. Schr. 49, 386; Pöschel S. 28; Kuhnt S. 15; Brecht S. 317 ff.; Fromherz Z.Z.P. 39, 401, 484; Emmerich (Pfandrechs-Konkurrenzen) S. 496 ff. Anm. 511; Rühl S. 170 auf 171. — A. M. Von Tuhr II. 2 S. 308 und Flatau S. 120 ff., 109 (ersterer will die §§ 808 ff. entsprechend, letzterer unmittelbar anwenden). Gleichfalls abzulehnende Sondermeinungen vertreten Emmerich a. a. O., Brecht a. a. O. und Hellwig-Oertmann (316). Emmerich will die Anwartschaft nach § 857 CPO. und außerdem noch die Besitzrechte des Käufers nach § 808 ff. CPO. pfänden; Brecht (S. 306, 321), glaubt das zukünftige Eigentum des Käufers (als eines der Bestandteile des von ihm als selbständigen Begriff nicht anerkannten Anwartschaftsrechtes) müsse gemäß § 857 CPO., daneben aber auch die Sache in Analogie zu § 808 Abs. 2 CPO. gepfändet werden;

Kaufmann[51]) hervorheben, würde in den meisten Fällen der öffentliche Verkauf der Anwartschaft nur einen geringen Erlös erbringen, der hinter dem wahren Werte der Anwartschaft weit zurückbleiben könnte und dem Wertverhältnis zwischen Anwartschaft und Sach-Eigentum keineswegs entsprechen würde.

---

§ 11.

D. Kollision der Rechte und Pflichten des Vorbehaltsverkäufers bei Zwangsvollstreckung in die Kaufsache während der Schwebezeit.

Es ist in § 4 schon dargelegt worden, daß der § 440, obwohl der Verkäufer die Kaufsache schon übergeben und bedingt übereignet hatte, auf den Vorbehaltsverkauf auch bei Anerkennung der Leistungshandlungstheorie gegebenenfalles Anwendung finden kann; Voraussetzung hierzu ist, daß der Verkäufer vor Erfüllung aller von beiden Seiten zu bewirkenden Leistungshandlungen, die nur zusammen den Erfolg herbeiführen können, seine von ihm schon vollbracht gewesenen Leistungshandlungen wieder unvollkommen macht.

Die in diesem Zusammenhang im folgenden hier allein interessierenden Fragen sind die:

Macht der Vorbehaltsverkäufer dem Käufer sich aus § 325 oder § 326 wegen Nichterfüllung schadensersatzpflichtig, wenn während der Schwebezeit

1. Drittgläubiger des Käufers die Zwangsvollstreckung in die Kaufsache betreiben, ohne daß der Verkäufer einschreitet?
2. Gläubiger des Verkäufers die Zwangsvollstreckung durchführen?
3. der Verkäufer selber die Kaufsache pfänden und versteigern läßt?

Ad 1. Nach der allgemein vertretenen Anschauung, die dem Verkäufer beim Eigentumsvorbehalt die Interventionsklage einräumt, wäre die erste Frage in Verbindung mit der Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers zu bejahen, soferne der Verkäufer schuldhaft von dem Rechte der Intervention nicht Gebrauch machte[1]). Nach der hier verfochtenen Ansicht, wonach der Vorbehaltsverkäufer auf Grund seines Eigentums nicht intervenieren, sondern „nur" vorzugsweise Befriedigung beanspruchen kann, ist eine Schadensersatzpflicht jedoch schon aus diesem Grunde abzulehnen, da ja bei dieser Betrachtungsweise dem Verkäufer die ihm nach § 433 obliegende Pflicht infolge eines solchen Umstandes unmöglich wird, den nicht er zu vertreten hat. Aus demselben Grunde wäre natürlich auch nicht die Inverzugsetzung des Verkäufers durch den Käufer (§ 285) und ebenso nicht ein Rücktritt des letzteren vom Kaufvertrag nach § 325 oder § 326 möglich.

Ad 2. Ebenso unterliegt es, wiederum entgegen dem Grundsatze der allgemein geltenden Lehre, die hierzu — an sich mit Recht — den § 279

---

und ähnlich vertritt Hellwig-Oertmann die Ansicht, außer dem Pfändungsbeschluß nach § 857 CPO. in die Anwartschaft sei die Siegelung der Sache nach § 808 Abs. 2 CPO. erforderlich.

[48]) S. 11.

[49]) Z.Z.P. 38, 54; 39, 487.

[50]) S. 317.

[51]) Sächs. Arch. 09, 329.

[1]) So z. B. Etzold S. 54; Oertmann zu § 440; DüringerHachenburg II S. 712 ff., III S. 32 ff.; R.G. 6, 187; 60, 347; Frank S. 31. — Das O.L.G. Stuttgart (Recht 1915 Nr. 302) meint, dadurch, daß der Verkäufer wissentlich die Zwangsvollstreckung Dritter dulde, verzichte er auf das Eigentum zugunsten des Käufers, womit der Kaufvertrag erfüllt werde. Nach den Ausführungen in § 9 und 10, wonach es bei der Zwangsvollstreckung nicht auf das Eigentum ankommt, liegt aber ein solcher Verzicht nicht vor.

heranzieht[2]), aber auch keinem Zweifel, daß der Vorbehaltsverkäufer in der Regel auch dann nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten muß oder der Käufer vom Vertrage zurücktreten kann, wenn die eigenen Gläubiger des Verkäufers die Zwangsvollstreckung in die Kaufsache betreiben. Dies gilt, obwohl der Verkäufer an sich gewiß auch die positive Pflicht hat, alles zu vereiteln, was den Übergang des Eigentums auf den Käufer zur gegebenen Zeit hemmen könnte. Denn in der Regel ist der Käufer im unmittelbaren Besitz der Kaufsache, sodaß er es also wissen muß, wenn und sobald die Kaufsache nach Maßgabe des § 808 CPO. gepfändet wird. Ist dies aber der Fall, so kann er zufolge der hier vertretenen Anschauung seinerseits mit Leichtigkeit die Zwangsvollstreckung vermittels der Widerspruchsklage, die ihm ja vermöge seines berechtigten Eigenbesitzes an der Kaufsache zusteht, in vollem Umfange beseitigen, sodaß er später, bei Kaufpreiszahlung, Eigentümer werden kann. Hat aber der Käufer diese Möglichkeit, so würde es, ganz abgesehen von der Anwendung des § 254[3]), wider Treu und Glauben verstoßen, wenn er, nachdem er die Intervention unterlassen, den Verkäufer nachher wegen Nichterfüllung, sei es gemäß § 325 oder, nach Verzug, gemäß § 326, in Anspruch nehmen wollte. Wohl aber stünde dem Verkäufer andererseits alsdann das Recht aus § 324 Abs. 1 zu, wobei aber zu beachten wäre, daß er in diesem Falle nach § 324 Abs. 1 Satz 2 sich den Betrag anrechnen lassen müßte, um welchen er infolge der Versteigerung der Sache seiner Schuld an den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger ledig geworden ist.

Anders wäre es freilich, wenn der Käufer ohne ein Verschulden von der Pfändung keine Kenntnis erlangt hätte. In diesem Falle hätte der Vorbehaltsverkäufer, wenn es zur Versteigerung käme, die Verantwortung aus den §§ 325, 326 zu tragen[4]). Dies würde nach den oben entwickelten Grundsätzen im Hinblick auf § 161 jedoch nur dann zutreffen, wenn der Ersteigerer in Beziehung auf das Pfändungspfandrecht des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers gutgläubig gewesen wäre. Denn da ja der Vorbehaltsverkäufer überhaupt nicht Eigenbesitzer der Kaufsache während der Schwebezeit ist, können während dieser Zeit seine Gläubiger an dieser kein Pfändungspfandrecht, worauf es gerade ankommt, erwerben. Alsdann steht aber dem Eigentumserwerb des Käufers bei Eintritt der Bedingung nichts im Wege.

Die Schadensersatzpflicht des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht könnte aber keine unbedingte d. h. sofortige sein. Zwar ist der Kaufvertrag unbedingt abgeschlossen worden und nur die Einigung unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung des Kaufpreises erfolgt. Allein in § 160, der bei Erfüllungsgeschäften, die unter einer Bedingung abgeschlossen worden sind, als ergänzende Norm des Kausalgeschäftes zu betrachten ist, ist gesagt, daß derjenige, welcher unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt ist, im Falle des Eintritts der Bedingung Schadensersatz von dem anderen Teil verlangen kann, wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht (hier das Eigentum) durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt.

[2]) So z. B. Rühl S. 214; Etzold S. 53; Dernburg § 171 Anm. 11; Staub § 382 Anh. Anm. 66; R.G. 66, 247; 75, 337; Warneyer 19 Nr. 194 S. 304; Recht 27 Nr. 329 S. 96; Kreß S. 403 und Titze S. 59.

[3]) An sich hat der Käufer gemäß § 433 Abs. 2 zwar nur die Pflicht zur Abnahme der Sache und zur Zahlung des Kaufpreises. Allein beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt hat der Käufer während der Schwebe in Ergänzung seiner gewöhnlichen Käuferpflichten nicht nur ein Besitzrecht, sondern entsprechend auch eine Besitzpflicht. Dies geht daraus hervor, daß beim etwaigen Rücktritt des Verkäufers der Käufer zur Rückgabe der Sache verpflichtet ist. Dieser Verpflichtung, für deren Verletzung er nach Maßgabe der §§ 347, 983 haftet, kann aber der Käufer nicht nachkommen, wenn er vorher den Besitz verliert. Daher ist es keinesfalls nötig, mit Etzold, S. 53, Rühl, S. 214, R.G. 66, 348; R.G.R.Komm. § 455 Bem. 3; Staub § 382 Anh. Anm. 66; Warneyer § 325 Bem. II eine Haftung des Käufers nur dann anzunehmen, wenn er sich besonders dazu verpflichtet hätte, die Gläubiger des Verkäufers bei etwaigen Zugriffen auf die Kaufsache zu befriedigen.

[4]) Bei Berufung auf § 326 nach Inverzugsetzung würde sich der Nachweis der Unmöglichkeit erübrigen. Vgl. hierzu Rühl, S. 214 und Kreß, S. 432.

Daraus muß gefolgert werden, daß der Käufer den betreffenden Schadensersatz vom Verkäufer nur und erst dann fordern kann, wenn die Bedingung (die Zahlung des Kaufpreises) eingetreten ist. Der Schadensersatzanspruch des Käufers ist also insoweit aufschiebend bedingt[5]), als die Verletzung der Eigentumsverschaffungspflicht in Frage steht.

Dadurch aber nun, daß der Gerichtsvollzieher die Kaufsache entweder schon bei der Pfändung oder auch später, im Falle des § 808 Abs. 2 CPO., zur Versteigerung in Besitz nimmt und sie dem gutgläubigen Ersteigerer nach Zuschlag überläßt, wird nicht nur die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers, sondern auch dessen Besitzverschaffungspflicht verletzt, was der Verkäufer in dem zur Rede stehenden Falle, daß der Käufer ohne sein Verschulden nichts von der Pfändung erfährt, dann ebenso zu vertreten hat.

Dies ist nicht ohne Bedeutung. Denn durch die Verletzung auch der Besitzverschaffungspflicht wird der Käufer in die Lage versetzt, sofort Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Hierüber kann kein Zweifel bestehen. Aufzuwerfen ist hierbei lediglich die Frage, ob die Verletzung der Besitzverschaffungspflicht, wie auch die allein der Eigentumsverschaffungspflicht, für sich betrachtet lediglich eine teilweise Nichtleistung im Sinne der §§ 325, 326 darstellt. Trifft dies zu, was nach herrschender Meinung[6]) mit Recht deshalb zu bejahen ist, weil die aus dem Kauf sich ergebenden Pflichten des Verkäufers sich nicht als eine einheitliche Pflicht mit doppeltem Inhalte darstellen, sondern vielmehr als zwei gleichwertig nebeneinanderstehende Verpflichtungen sich charakterisieren, von denen jede eine gesonderte Erfüllung verlangt, so kann der Käufer, abgesehen von dem Interesse, das der Käufer etwa nur an der ganzen Erfüllung hätte, vor Eintritt der aufschiebenden Bedingung nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Besitzverschaffungspflicht verlangen. Unter Anwendung der gefundenen für die Leistungshandlungstheorie geltenden Grundsätze (vgl. oben § 4) wurde auch die Besitzverschaffungspflicht dadurch wieder „nicht erfüllt", daß durch vom Verkäufer zu vertretende Handlungen diese wieder rückgängig d. h. unvollkommen gemacht wurde. —

Unerläßlich in diesem Zusammenhange ist nun noch die Erörterung der Frage, ob dem Verkäufer dadurch, daß einer oder mehrere seiner Gläubiger die Kaufsache gepfändet und versteigert haben und ein gutgläubiger Dritter die Sache erworben hat, seine Leistung im Sinne der §§ 280, 325 „unmöglich" geworden bezw. ob eine „Vereitelung" im Sinne des § 160 dadurch eingetreten ist[7]). In Betracht kann aber im vorliegenden Falle nicht eine absolute (objektive) Leistungsunmöglichkeit kommen, sondern nur ein Unvermögen des Schuldners i. S. des § 275 Abs. II.

Da nun aber dieses der Unmöglichkeit gleichgesetzte Unvermögen unverkennbar subjektive Züge trägt, ist es klar, daß die Bejahung oder Verneinung seines Vorliegens nicht im allgemeinen, sondern nur nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles zu beurteilen ist[8]).

Dies ist auch der Standpunkt des Reichsgerichts in einer ganzen Reihe von Entscheidungen[9]), wenn es sagt, es lasse sich nicht allgemein feststellen, die Leistung sei unmöglich, wenn der Verpflichtete über den Gegenstand der Leistung nicht mehr verfügen könne, gleichwohl andererseits aber den Nachweis des Unvermögens im allgemeinen schon infolge der Tatsache für gegeben erachtet, daß der zur Leistung Verpflichtete nachträglich den Gegenstand zur Leistung an einen Dritten weiterveräußert hat und hierbei dem Veräußerer die Beweislast der besonderen (!) Umstände auferlegt, vermöge deren er zum Rückerwerb von dem Dritten und damit zur Leistung vermöglich sein will[10]).

---

[5]) Im Ergebnis ebenso Cohn S. 41. Vgl. auch Behrens S. 50.

[6]) Vgl. RG. 95. 105; Oertmann Anm. zu § 433; Windscheid-Kipp S. 680; Planck Anm. zu § 440; Schöller Gruch. 46, 7—9; Staudinger Anm. zu § 440; Frank S. 30. — A. M. Titze S. 44; Eccius Gruch. 50, 499; Endemann I § 160 Anm. 23.

[7]) Was insoweit einer „Unmöglichkeit" gleich zu achten wäre; so auch Etzold S. 43 Anm. 9.

[8]) So auch Etzold, S. 43.

[9]) Rch. Warneyer 18 Nr. 158 S. 239; 19 Nr. 194 S. 305; 24 Nr. 102 S. 126 und weitere bei Etzold S. 44 Anm. 12 zitierte Entscheidungen.

[10]) So RG. Gruch. 35, 929 (1891); Band 31, 186 ff. (1893); 47, 303 (1900);

Entgegen Etzold[11]), dem O.L.G. Stuttgart[12]) und Planck[13]) enthält diese gleichfalls allgemeine Stellungnahme des Reichsgerichts zur Beweislast und Beweiswürdigung auch nur scheinbar eine Inkonsequenz zu dem allgemeinen schon mitgeteilten Satz, es sei nicht ohne weiteres anzunehmen, die Weiterveräußerung der Sache führe die Unmöglichkeit der Leistung herbei, weil der Verpflichtete alsdann nicht mehr über sie verfügen könne. Eine Inkonsequenz enthält auch nicht die Entscheidung des Reichsgerichts in Band 101 S. 390 (1921), weil dort nur in gewissem Sinne die Wiederholung dieses letzteren allgemeinen Satzes in einem ähnlichen Falle[14]) ausgesprochen worden ist. Vielmehr muß angenommen werden, daß das Reichsgericht bei seiner Stellungnahme zur Beweiswürdigung und Beweislast unter den angegebenen bestimmten Voraussetzungen sich — mit Recht — hat von dem rechtspolitischen Gedanken leiten lassen, daß ohne eine solche in vielen Fällen es, weder im Interesse der Rechtspflege noch der Wirtschaft, für den Gläubiger recht schwer wäre, ein Unvermögen überhaupt nachzuweisen. Mit dem dem Gläubiger aus § 283 zustehenden Rechte wäre ihm nach Verurteilung des Schuldners zur Leistung, wenn, wie im Regelfalle, Gefahr im Verzug, unter Umständen nur schlecht gedient.

Weil aber die vom Reichsgericht vertretene Beweislastverteilung und Beweiswürdigung desgleichen nur im allgemeinen gilt, so kann also[15]) kein bestimmter allgemeiner Grundsatz dahin aufgestellt werden, wann Unvermögen vorliege. Dies muß auch dann gelten, wenn Gläubiger des Vorbehaltsverkäufers die Zwangsvollstreckung in die Kaufsache betrieben haben, wenngleich hier freilich im besonderen Maße — aber wiederum nur allgemein — angenommen werden kann, daß der Vorbehaltsverkäufer zum Rückerwerbe vom Ersteigerer unvermöglich ist, sei es deshalb, weil dieser dazu nicht geneigt ist, oder deswegen, weil dem Vorbehaltsverkäufer die Mittel fehlen. Daher wird hier der Käufer im allgemeinen, sofern der Verkäufer etwa vorliegendes Unvermögen überhaupt zu vertreten hätte, wenn er es nicht vorzieht, nach § 326 vorzugehen, nicht erst auf Erfüllung klagen brauchen.

Ad 3. Wie ist nun aber die Rechtslage, wenn der Vorbehaltsverkäufer selber die Kaufsache während der Schwebezeit, also ohne daß ein Übergang der Kaufsache in das Eigentum des Käufers vorliegt, pfänden und versteigern läßt?

Die herrschende Meinung gibt in diesem Falle dem Käufer das Recht, Unvermögen des Verkäufers vorausgesetzt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 325 vom Verkäufer zu verlangen, wenn die Bedingung nachher noch eintritt. Desgleichen läßt sie eine Inverzugsetzung des Verkäufers durch den Käufer unter Leugnung der Anwendbarkeit des § 285 zugunsten des Verkäufers zu[16]). Mithin betrachtet sie die Zwangsvollstreckung durch den Verkäufer als ein von ihm zu vertretendes Verhalten im Sinne der §§ 325, 326 in Verbindung mit § 276. Als einzige Ansnahmefälle, in denen sie den Verkäufer hierbei nicht haften lassen will, anerkennt sie die entschuldbare Nichtkenntnis des Verkäufers von der Pfändung und Versteigerung der Kaufsache durch den Gerichtsvollzieher sowie eine etwaige besondere ausdrückliche Abmachung zwischen Verkäufer und Käufer dahin, daß der Verkäufer bei Nichtzahlung zur Zwangsvollstreckung berechtigt sein solle[17]).

Allein diese Auffassung kann weder richtig noch billigenswert sein, weil sie dem Sinn und Zweck des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt nicht gerecht wird. Denn, wie es übrigens offen zu Tage liegt und wie auch das Reichs-

---

52, 95 (1902); 66, 347 (07); Warneyer 12 Nr. 11 S. 13; J.W. 24, 292 mit Anm. v. Rabel (zitiert nach Etzold S. 44 Anm. 13 und 14).

[11]) S. 45.

[12]) Württ. Jahrb. 18, 173 (05).

[13]) Vorbem. III 2a vor §§ 257—292.

[14]) Schadensersatzforderung eines Anfechtungsgegners gemäß § 280 von einem Anfechtungs-Berechtigten wegen Weiterveräußerung einer zurückzugebenden Sache.

[15]) In Übereinstimmung übrigens im Ergebnis mit Etzold S. 46.

[16]) So Flechtheim Rhein. Arch. 104, 275 ff. (288); Falkmann S. 637; Staub § 382 Anhg. Anm. 66; Püschel L.Z. 14, 1785 ff. (1790); Etzold 47 ff.; Rühl S. 213; Caspari S. 65 und das Reichsgericht insbesondere in Band 66, 344 ff. (347 auf 348) und bei Warneyer 1910 Nr. 323 S. 335.

[17]) Vgl. bes. Rühl S. 212 auf 213; Etzold S. 48.

gericht selber ausführt[18]), ist grundsätzlich davon auszugehen, daß der Eigentumsvorbehalt lediglich zu Gunsten des Verkäufers, nämlich zu seiner Sicherung und nur zu dieser, vereinbart wird[19]). Infolgedessen gewährt er grundsätzlich nur dem Verkäufer Rechte und nicht auch dem Käufer[20]). Zwar betrifft, wie Rühl[21]) richtig bemerkt, der Eigentumsvorbehalt an sich nur die dingliche Seite des Rechtsgeschäftes. Aber es darf keinesfalls, will man sich nicht dem berechtigten Vorwurf eines bloßen Konstruktionalismus aussetzen, übersehen werden, daß auch die obligatorische Seite des Rechtsgeschäftes, der Kaufvertrag, vom Eigentumsvorbehalt nicht unberührt geblieben ist. Dies wird in deutlicher Weise daraus ersichtlich, daß der Gesetzgeber selber in § 455 aus dem getroffenen Vorbehalt des Eigentums bis zur Zahlung des Kaufpreises (= die aufschiebend bedingte Einigung) nach Sachübergabe einen Rückschluß auf das obligatorische Kaufgeschäft dadurch zuläßt, daß er im Zweifelsfall den Verkäufer dann zum Rücktritt vom Kaufvertrage für berechtigt erklärt, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt. Aus dieser innerlichen Inverbindungsetzung des obligatorischen mit dem dinglichen Geschäft sowie aus dem in dem Sicherungszweck des Eigentumsvorbehalts allein liegenden Sinn, wonach grundsätzlich der Eigentumsvorbehalt Rechte nur dem Verkäufer gewährt, muß aber, soferne nicht eine besondere Abrede entgegensteht, die nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zulässig wäre, geschlossen werden, daß nach dem vermutlichen Willen des Gesetzes selber dem Vorbehaltsverkäufer die Befugnis zuzugestehen ist, im Falle der Nichtzahlung durch den Käufer den Weg der Zwangsvollstreckung in die Kaufsache zu beschreiten[22]).

Der Verkäufer befindet sich also insoweit der Kaufsache gegenüber auch schon während der Schwebezeit in einem gleichen Verhältnis, als ob sie sich schon im Eigentum des Käufers befinden würde. Aus dem Gesagten ist aber des weiteren zu folgern, daß die gesetzliche Befugnis zur Zwangsvollstrekkung auch für solche Fälle gelten muß, in denen der Verkäufer die Zwangsvollstreckung nicht wegen der Kaufpreisforderung sondern wegen irgend einer anderen Forderung betreibt[23]).

Betrachtet man nun aber eine derartige Befugnis als gesetzlich gegeben, so ist es selbstverständlich, daß, wenn der Vorbehaltsverkäufer Gebrauch von ihr macht, der § 325 nicht mehr zu seinem Nachteil angewandt werden kann; d. h. der Käufer hat dann gegebenenfalls keinen Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer wegen Nichterfüllung. Ebenso klar liegt alsdann die Nichtanwendbarkeit des § 326.

Aber auch vermöge des § 254 müßte man dazu gelangen, die Haftbarkeit des Verkäufers nach Versteigerung der Kaufsache zu verneinen[24]). Denn wenn der Käufer nicht zahlt, so muß er dies gemäß §§ 433 Abs. 2, 279, auf alle Fälle einmal vertreten. Es frägt sich lediglich, ob infolge der schuldhaften Nichtzahlung durch den Käufer eine Mitwirkung am entstandenen

---

[18]) RG. 66, 349.

[19]) So schon Duncker, (Im Neuen Rhein. Museum für Jurisprudenz, Band 5; 833) S. 93. — Vgl. auch Seuff. Arch. 25, 1033 Nr. 242; RG. 7, 150 und Wagener 18.

[20]) So auch OLG. 15, 8 (Dresden) und Caspari S. 64. Dagegen Rühl S. 213.

[21]) S. 213.

[22]) Ähnlich und richtig im Ergebnis OLG. 39, 138 (Dresden, Urteil vom 23. 5. 19), wenn gesagt wird, der Gläubiger begehe im Verhältnis zum Schuldner keine verbotene Handlung, wenn er seine eigene Sache pfänden lasse. Zu Mißdeutungen (vgl. Rühl S. 213 Anm. 4) gibt aber Anlaß die Form der weiteren Ausführung des OLG. Dresden: so der Gläubiger nicht gegen eine Verbotsnorm verstoße, könne die Tatsache, daß er nicht mehr in der Lage sei, die Sache dem Schuldner zu liefern, nicht im Sinne des § 325 als ein Umstand angesehen werden, den er zu vertreten habe. Nach den Gesamtausführungen des OLG. Dresden kann mit dieser Stelle aber nur eine Verbotsnorm im Verhältnis zum Schuldner gemeint sein. Alsdann ist den Ausführungen aber auch insoweit zuzustimmen.

[23]) A. M. offenbar Etzold S. 48.

[24]) So im Ergebnis OLG. Stuttgart Württ. Jahrb., 18, 173 (1905); OLG. 15, 8 (Dresden, 1907).

Schaden im Sinne des § 254 gegeben ist. Dies ist aber nach der richtigen Ansicht, daß bei der Prüfung des Vertretenmüssens nicht nur die Tatsachen zu berücksichtigen sind, welche das Unvermögen unmittelbar herbeigeführt haben, sondern auch diejenigen, die mittelbar als Ursache hierfür in Betracht kommen[25]), zu bejahen.

Hat man somit das Verschulden des Käufers und zwar dessen mitwirkendes Verschulden im Sinne des § 254 festgestellt, so frägt es sich im weiteren, von wem der Schaden vorwiegend verursacht worden ist: vom Käufer oder vom Verkäufer? Denn daß auf Seiten des Verkäufers desgleichen ein Verschulden (§ 300 Abs. 1!) und zwar ebenfalls ein mitwirkendes durch die Versteigerung vorliegt, steht, wenn man die dem Verkäufer eingeräumte Veräußerungsbefugnis abstreiten will, außer Zweifel[26]). Das Verschulden des Verkäufers könnte in diesem Falle auch nicht damit beseitigt sein, weil, wie Kaufmann[27]) meint, der Verkäufer ein Recht, nämlich ein Vollstreckungsrecht, an der Kaufsache durch die Pfändung erwerbe. Denn der von Kaufmann aufgestellte Satz, daß derjenige niemals schuldhaft handle, der auf Grund eines Rechtes eine Handlung vornehme, ist viel zu allgemein und, wie Etzold mit Recht[28]) bemerkt, nur mit der Einschränkung richtig, daß der Handelnde nicht aus einem anderen und besonderen Rechtsgrunde zur Unterlassung der Handlung verpflichtet ist. Dieser besondere Rechtsgrund wäre aber vorliegendenfalles gerade im Kaufvertrag bezw. in den in diesem enthaltenen obligatorischen Verkäuferpflichten enthalten[29]).

Bei der Beantwortung der Frage nun, wer unter den erwähnten Voraussetzungen vorwiegend den dem Käufer entstehenden Schaden verursacht hat, ist maßgebend, wessen Verschulden das schwerere gewesen und durch wessen Schuld die Gefahr des Schadens am meisten erhöht worden ist[30]). Generell kann nun zwar die von § 254 vorausgesetzte Konstellation der Dinge nicht gelöst werden. Dies hängt vielmehr von dem die Umstände jeweils frei würdigenden richterlichen Ermessen ab[31]). Allein im zur Rede stehenden Falle der Nichtzahlung einer Schuld durch den Vorbehaltskäufer und der daraufhin erfolgenden Pfändung und Versteigerung der Kaufsache durch den Vorbehaltsverkäufer muß für den Normalfall, von welchem hier allein ausgegangen werden kann, angenommen werden, daß den Käufer das überwiegende Maß an Verschulden im bezeichneten Sinne trifft. Hierfür spricht die Erwägung, daß ohne das vorausgehende schuldhafte Verhalten des Käufers, welches eben in der Nichtzahlung, sei es des Kaufpreises oder einer anderen Schuld, liegt, der Verkäufer niemals Veranlassung hätte, zu dem Hilfsmittel der Zwangsvollstreckung zu greifen.

Nicht billigenswert ist hierbei die von Etzold[32]) unter Berufung auf R.G. 60, 163; Warneyer 1910 Nr. 323 S. 335 = J.W. 10, 805 und R.G. 66, 344 ff. vertretene Ansicht, wonach er den Vorbehaltsverkäufer darum (allein) haften läßt, weil er sich infolge der Nichtzahlung durch den Käufer nicht in einer Zwangslage befunden, welche die Versteigerung derart veranlaßt habe, daß diese nach Treu und Glauben als durch die Umstände gerechtfertigt erscheinen könne. Denn dieser Gedanke der Zwangslage ist im Gesetz gar nicht enthalten (die Grundsätze über Treu und Glauben können keineswegs

---

[25]) So Warneyer § 275 Anm. V, § 325 Anm. II; RGR. Komm. § 275 Anm. 3.

[26]) Ein Mitverschulden oder Mitverursachen (bei Gefährdungshaftung) im Sinne des § 254 kommt im gesamten Schadensersatzgebiet bei allen Schadensersatzansprüchen in Betracht, also z. B. auch bei von beiden Seiten zu vertretender Unmöglichkeit. So RG. Warneyer 1926 Nr. 180; RG. 71, 187 ff.; 94, 140 ff. (weitere Literatur bei Löwenwarter in der Anmerkung zu § 254).

[27]) Gruch 53., 346.

[28]) Aber mit einer schiefen und unrichtigen Begründung insoferne, als er die von Kaufmann vertretene Ansicht deshalb ablehnt, weil andernfalls dem Verkäufer folgerichtig auch dann ein Recht zur Versteigerung der verkauften Sache zugebilligt werden müsse, wenn der Vollstreckungstitel auf eine andere Schuld als den Kaufpreis gerichtet wäre. (Etzold S. 48).

[29]) Vgl. hierzu RG. 60, 162.

[30]) So Enneccerus II § 236, 4 und die von diesem daselbst Anm. 15 Zitierten (vgl. vor allem RG. 54, 14; 69, 59).

[31]) Vgl. hierzu RG. 114, 292 und RG. Warneyer 1926 Nr. 180 (a. E.).

[32]) S. 52.

so weit ausgelegt werden) und infolgedessen kann es darauf auch nicht ankommen. Aber auch abgesehen hiervon würde der Vorbehaltsverkäufer sich tatsächlich in einer solchen Zwangslage befinden. Und zwar müßte diese Annahme wiederum sowohl dann berechtigt sein, wenn der Käufer mit der Kaufpreisschuld rückständig wird, als auch in dem Falle, in welchem es sich um eine andere Forderung handelt. Denn im ersteren Falle könnte dem Verkäufer nicht, wie auch wohl Rühl[33]) meint, einfach zugemutet werden, vom Kaufvertrag zurückzutreten und die Kaufsache zurückzufordern, weil in der Regel der Verkäufer an der Kaufsache gar kein Interesse mehr hat und außerdem für ihn die Verpflichtung alsdann bestünde, empfangene Anzahlungen zurückzuerstatten. Erst recht müßte eine Zwangslage aber auch im zweiten Falle als vorhanden gelten, weil in der Regel alsdann davon ausgegangen werden kann, daß der Käufer eine andere pfändbare Sache nicht hat, wenn es zur Pfändung und Versteigerung gerade der Kaufsache kommen mußte, und daß er — bei dieser schlechten Vermögenslage — im Zweifel alsdann aber auch nicht in der Lage sein wird, später die Kaufschuld vollends zu bezahlen. Auch wirtschafts- und rechtspolitisch ist daher die hier vertretene Meinung zu billigen, zu deren Ergebnis man sonst nicht, im allgemeinen auch nicht auf dem Umwege über den Deckungsverkauf oder den Selbsthilfeverkauf (gemäß § 373 HGB.), gelangen kann[34]).

Schließlich und endlich sei noch ergänzungshalber erwähnt, daß der Vorbehaltsverkäufer während der Schwebezeit in seiner Eigenschaft als Eigentümer die Kaufsache an einen Dritten weiterveräußern kann. Da er jedoch, wie nachgewiesen, in der Regel keinerlei Besitz mehr an der Kaufsache hat, so ist die Übereignung an den Dritten nur im Wege des § 929 in Verbindung mit § 931 möglich. Eine Gefahr für den Käufer entsteht aus solcher Übereignung, auch wenn sie an einen Gutgläubigen geschieht, aber nicht, weil im Falle des Eintritts der Bedingung der Käufer gleichwohl Eigentum an der Sache zufolge der §§ 161 Abs. 3, 934 erwirbt. Ein Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer kommt daher hier nicht in Betracht. Ebensowenig ein Rücktritt des Käufers gegebenenfalls vom Kaufvertrag. Anders wäre es freilich, wenn ausnahmsweise die Übereignung von Seiten des Verkäufers an den Käufer gemäß §§ 929, 930 stattgefunden und der Verkäufer daraufhin an einen Gutgläubigen weiterveräußert und dabei diesem die Kaufsache im Sinne des § 933 übergeben hätte.

---

[33]) S. 213.
[34]) Vgl. hierzu bes. Rühl S. 213 und Etzold S. 49 bis 51.